

TARSO CABRAL VIOLIN

**UMA ANÁLISE CRÍTICA DO IDEÁRIO DO "TERCEIRO SETOR" NO CONTEXTO
NEOLIBERAL E AS PARCERIAS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E
SOCIEDADE CIVIL ORGANIZADA NO BRASIL**

**Dissertação apresentada como
requisito parcial para obtenção de grau
de Mestre, pelo Curso de Pós-
Graduação em Direito, da Faculdade de
Direito da Universidade Federal do
Paraná.**

**Orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe
Bacellar Filho**

CURITIBA

2006

TERMO DE APROVAÇÃO

TARSO CABRAL VIOLIN

UMA ANÁLISE CRÍTICA DO IDEÁRIO DO "TERCEIRO SETOR" NO CONTEXTO NEOLIBERAL E AS PARCERIAS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SOCIEDADE CIVIL ORGANIZADA NO BRASIL

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção de grau de Mestre,
pelo Curso de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho
Departamento de Direito, UFPR

Prof.^a Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta
Departamento de Direito, UTP

Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet
Departamento de Direito, PUC PR

Curitiba, 13 de fevereiro de 2006

Dedico este trabalho às três mulheres da minha vida, à Rafaela, minha filha que acabou de vir ao mundo, à Mônica, meu grande amor, por todo o carinho e dedicação, que me acompanhou e incentivou em toda a minha jornada, e à minha mãe Roseni, por tudo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador e grande professor, Romeu Felipe Bacellar Filho, um mestre que sabe, como ninguém, agregar pessoas pelo fortalecimento do Direito Administrativo paranaense, brasileiro e latino-americano; por todos os seus ensinamentos e lições de vida, e o incentivo na minha vida acadêmica.

Manifesto gratidão, também, pela professora Angela Cassia Costaldello, que me ensina o Direito Administrativo e me apoia desde meu estágio no Tribunal de Contas do Estado do Paraná, durante minhas atividades na Consultoria Zênite, além das aulas na especialização do IBEJ e do Mestrado na Universidade Federal do Paraná.

Sou grato ainda aos meus professores do Curso de Mestrado da Universidade Federal do Paraná, Ricardo Marcelo Fonseca, Katie Silene Cáceres Argüelo, Celso Luiz Ludwig, Katya Kozicki, Eduardo de Oliveira Leite e Alvacir Alfredo Nicz; aos professores da especialização em Direito Administrativo do saudoso IBEJ; aos professores Celso Antônio Bandeira de Mello, Amilton Bueno de Carvalho, Marçal Justen Filho e José Antônio Peres Gediél, que de alguma forma, seja em suas palestras, textos ou conversas, contribuíram para o meu crescimento acadêmico; e ao grande professor de minha graduação na Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Carlos Frederico Marés de Souza Filho.

Aos amigos desde a época do Centro Acadêmico Sobral Pinto, João Luiz Costa Lopes, por toda a amizade, liderança e equilíbrio, Anderson Marcos dos Santos, pela amizade e companheirismo, e ainda Maurício Ricardo Pinheiro da Costa, Juliano Locatelli Santos, Rogério Bueno, Alberto Emiliano de Oliveira Neto, Rafael Garcia Rodrigues, Cristiano Dionisio, Fernando Rogério Pinheiro da Costa, Wanderson Marconi, Adriano Zocche, Sérgio Hideki Kanomata, Luiz Fellipe Callado Maciel, Carlos Henrique Natal Gomes e Flávio Pansieri, e a todos os demais amigos do movimento estudantil de Direito.

Igualmente sou grato aos professores Eneida Desiree Salgado, pela amizade, colaboração no mestrado e nesta dissertação e debates nos almoços do UnicenP com os professores Anderson e Rafael; Ligia Melo, pela amizade e apoio; Georghio Alessandro Tomelin, por ser o responsável pela meu ingresso no movimento estudantil e pelo apoio no mestrado; Tatyana Friedrich, pelo apoio no

Nupesul; Paulo Ricardo Opuska, Emerson Gabardo, Gustavo Henrique Justino de Oliveira e Edgar Guimarães.

Da mesma forma sou grato ao Edésio Passos, ao vereador e amigo André Passos e a todo o seu coletivo, e aos colegas do recém criado Instituto Oficina.

A todos os meus colegas da Secretaria de Estado do Trabalho, Emprego e Promoção Social (Edson Dupsk *in memoriam*), colegas e alunos do Centro Universitário Positivo - UnicenP e da Consultoria Zênite.

Aos meus velhos amigos, especialmente Luciano Muller, Eduardo Moraes Seixas, Fábio Simões da Fontoura, Luiz Henrique Zanellato e Adalberto de Carvalho Filho.

Agradeço à família Violin, principalmente minhas tias e primos, pelo zelo e carinho; à família Cabral, especialmente meu tio João Bonifácio Cabral Junior, pelo apoio, e prima Juliana Leite Ferreira Cabral, pela amizade; à professora e cunhada Lucimara Oldani Taborda Coimbra, responsável por eu ter conhecido minha esposa Mônica, e à minha afilhada Maria Vitória Coimbra, pelas quais homenageio a família Taborda; e aos meus padrinhos Manoel e Camila Jorge.

Agradeço em especial, dedicando este trabalho, às já citadas Rafaela Taborda Violin, Mônica Taborda Violin e Roseni Cabral Violin, além de meu pai Antonio Geraldo Violin (*in memoriam*), o qual em apenas 11 anos de convivência me ensinou e proporcionou toda a base para a minha vida inteira, meus irmãos Fernando Cabral Violin e Carla Cabral Violin, com os quais sempre pude contar, e minha vovó Rosa Ferreira Cabral.

Por fim, a todos aqueles que lutaram e que ainda lutam por um Brasil e um mundo mais justo, igualitário e democrático.

SUMÁRIO

RESUMO	VIII
ABSTRACT	IX
INTRODUÇÃO	01
1. O ESTADO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	05
1.1. O ESTADO, O GOVERNO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	05
1.1.1. A reforma do Estado, por Boaventura de Souza Santos	08
1.1.2. O Estado social	11
1.1.2.1. Os serviços públicos sociais	14
1.1.2.2. O fomento	17
1.1.3. O Estado e o neoliberalismo	20
1.1.3.1. A democracia e o neoliberalismo, por Celso Antônio Bandeira de Mello ..	31
1.1.4. O Princípio da Subsidiariedade e o Estado social	33
1.2. DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PATRIMONIALISTA À	
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL E A BUROCRACIA	41
1.2.1. Administração Pública patrimonialista	41
1.2.2. Administração Pública burocrática	43
1.2.3. Administração Pública gerencial	52
1.2.3.1. O neoliberalismo e a reforma gerencial, por Carlos Montaña	62
1.2.3.2. O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado	64
1.2.3.3. Os serviços sociais ou não exclusivos no gerencialismo e a chamada "publicização"	68
2. O "TERCEIRO SETOR" E A SOCIEDADE CIVIL	74
2.1. A SOCIEDADE CIVIL E O ESTADO AMPLIADO, POR	
ANTONIO GRAMSCI	74
2.2. O "TERCEIRO SETOR"	83
2.2.1. Definição do "terceiro setor"	84
2.2.1.1. As organizações não-governamentais - ONGs	85
2.2.2. Histórico do "terceiro setor"	87
2.2.3. Considerações gerais sobre o "terceiro setor"	88
2.2.4. A inadequação da expressão "terceiro setor"	93
2.2.5. Os atores componentes do "terceiro setor"	97
2.2.5.1. Os movimentos sociais	98
2.2.5.2. Entidades de benefício mútuo e de benefício público	100
2.2.5.3. As cooperativas	101
2.2.5.4. A "responsabilidade social" do mercado	104
2.2.6. Críticas negativas ao ideário neoliberal do "terceiro setor"	105
2.2.7. Análise do "terceiro setor", por Boaventura de Souza Santos	114
2.2.8. Análise crítica do "terceiro setor", por Carlos Montaña	119
2.2.9. Considerações sobre as esferas pública, privada e social	132
2.2.9.1. A esfera social, por Hannah Arendt	132
2.2.9.2. O público e o privado	141
2.3. AS PESSOAS JURÍDICAS SEM FINS LUCRATIVOS	143
2.3.1. Os institutos	145
2.3.2. As associações	145
2.3.3. As fundações privadas	146
2.4. AS ENTIDADES PARAESTATAIS	147

2.4.1. Serviços sociais autônomos	151
2.5. OS TÍTULOS DAS ORGANIZAÇÕES DO “TERCEIRO SETOR”	152
2.5.1. Utilidade pública	153
2.5.2. Entidades beneficentes de assistência social	155
2.5.3. Organização social – OS	156
2.5.4. Organização da sociedade civil de interesse público – OSCIP	165
3. AS PARCERIAS DO “TERCEIRO SETOR” COM A ADMINISTRAÇÃO	
PÚBLICA	173
3.1. OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	176
3.1.1. Licitação	177
3.1.2. Contratação direta e dispensa de licitação	179
3.1.3. As parcerias público-privadas - PPPs	182
3.2. OS CONVÊNIOS	186
3.2.1. A natureza jurídica dos convênios	192
3.2.2. Necessidade ou não de licitação para celebração de convênios	195
3.3. OS CONTRATOS DE GESTÃO	198
3.3.1. Histórico dos contratos de gestão	198
3.3.2. Os contratos de gestão firmados pelas organizações sociais no Brasil	201
3.3.3. A natureza jurídica dos contratos de gestão celebrados com as organizações sociais	204
3.3.4. Licitação para a celebração dos contratos de gestão com as organizações sociais	207
3.3.5. Necessidade de licitação para as contratações realizadas pelas organizações sociais com dinheiro público	208
3.4. OS TERMOS DE PARCERIA	209
3.4.1. A natureza jurídica dos termos de parceria	212
3.4.2. Concurso de Projetos e necessidade de licitação para a celebração dos termos de parceria	213
3.4.3. Obrigatoriedade de licitação para as contratações realizadas pelas OSCIPs com dinheiro público	217
CONCLUSÃO	219
REFERÊNCIAS	233

RESUMO

Análise crítica do ideário do "terceiro setor", no contexto do neoliberalismo e gerencialismo, e as parcerias entre a Administração Pública e as entidades da sociedade civil sem fins lucrativos no Brasil. Contraponto aos que defendem o Estado mínimo, apenas regulador, e o "terceiro setor" como prestador dos serviços sociais, substitutivo do Estado, por meio de parcerias entre a sociedade civil e a sociedade política. Crítica em consonância ao filme brasileiro "Quando vale ou é por quilo?". Defesa do Estado atuando positivamente nos países periféricos e semi-periféricos, sem suas falhas atuais, com uma democracia substancial, não condicionado ao grande capital. Discorre sobre os serviços sociais, que devem ser executados principalmente pelo Estado, sempre com a aplicação do princípio da subsidiariedade, que não é contrário ao Estado social. Fomento. Análise do patrimonialismo, burocracia e gerencialismo. Crítica ao termo "publicização", que na verdade é uma privatização em sentido amplo, uma delegação. Adoção da teoria gramsciana do Estado ampliado, da "guerra de posição" nas sociedades ocidentais, com a conquista progressiva de espaços na sociedade civil, da hegemonia, na qual não há uma setorialização entre "sociedade civil" ("terceiro setor"), "sociedade política" (Estado) e "estrutura econômica" (mercado). As organizações não-governamentais - ONGs, advindas dos movimentos sociais, de contestadoras passaram, em sua maioria, a serem "parceiras" do Estado, como substitutas dele. Expressão "terceiro setor" é inadequada: surgiu com o fortalecimento do ideário gerencial-neoliberal, a qual engloba as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos de benefício público e as de benefício mútuo, as pessoas físicas voluntárias e as que trabalham profissionalmente nestas entidades, e os movimentos sociais. Ou seja, tudo o que não faz parte nem do mercado nem do Estado em sentido estrito. Defesa da sociedade civil organizada, mas não como auto-responsável pelas questões sociais. Do público e o privado submergiu a esfera social, que não pode ser confundida com o chamado espaço "público não-estatal" gerencial-neoliberal. Pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos: associações, fundações, organizações religiosas, partidos políticos e as cooperativas. As entidades paraestatais são compostas pelas entidades do "terceiro setor", como as organizações sociais, as organizações da sociedade civil de interesse público, os partidos políticos, os sindicatos e os serviços sociais autônomos. Títulos jurídicos concedidos às organizações sem fins lucrativos: organizações sociais, OSCIPs, utilidade pública e beneficente de assistência social. Inconstitucionalidades nas OSs e OSCIPs. Dúvida sobre a voluntariedade em algumas ONGs. Parcerias com o "terceiro setor": contratos administrativos, convênios, contratos de gestão e termos de parceria. Diferenças. Natureza jurídica dos contratos de gestão e dos termos de parceria é contratual, e não de convênio. Necessidade de Licitação. Concurso de Projetos.

Palavras-chave: Direito Administrativo, Estado, parcerias, terceiro setor, sociedade civil, organizações não-governamentais sem fins lucrativos, Administração Pública, burocracia, neoliberalismo, serviços sociais.

ABSTRACT

Critical analysis of the system of ideas of the “third sector” in the context of the neo-liberalism and managerialism, and the partnerships between the public administration and the non-profit civil society entities in Brazil. This is a counterpoint to those who support the “little government”, the government acting only as a regulator, and the “third sector” as a supplier of social services, replacement to the government functions, through partnerships between the civil society and the political societies. Critic in accordance to the brazilian film “Quanto vale ou é por quilo?”. Defense of the big government acting positively on the peripheral and semi-peripheral countries without its current failures, with a substantial democracy, with the government independent of the market forces. This piece of work is about the social services, which must be performed by the State, always based on the “principle of subsidiarity”, which goes along with the welfare state. Fomentation. Analysis of the patrimonialism, burocracy and managerialism. Critic of the term “publicisation”, which is in reality a privatization *latu sensu*, a delegation. Adoption of the Gramsci theory of the enlarged State (of the war of viewpoint in the western countries with the progressive gain of space in the civil society, of the hegemony), in which there is not a sectorialisation between the “civil society” (“third sector”), “political society” (State) and the “economic structure” (market). The non-governmental organizations - NGOs, stemming from social movements, moved from opposing the government to being partners of it, acting as its replacement in many cases. The expression “third sector” is not accurate: it appeared with the empowerment of the managerial neo-liberal system of ideas. Which holds non-profit legal entities of private law of public benefit and those of mutual benefit, the volunteer natural persons and those who work professionally, and the social moviments. Hence all that do not belong either in the market or the State *stricto sensu*. This piece of work fully supports the organized civil societies, however, it does not mean those must be self-responsible for social matters. The social sphere originated from the private and the public, which can not be mistaken for non-governmental public space managerial neo-liberal. Non-profit legal entities of private law: associations, foundations, religious organizations, political parties and the cooperatives. The parastate entities are made up of “third sector” entities, of social organizations, of civil societies organizations of public interest, of political parties, of unions and of autonomous social services. Juridical titles granted to non-profit organizations: social organizations, OSCIPs(civil societies organizations of public interest), public utilities and charitable entities. Unconstitutionality in social organizations and OSCIPs. Doubt over the voluntarism in some NGOs. Partnerships with the “third sector”: administrative contracts , accords between the government and the civil societies , management contracts e partnership agreements. Differences. The juridical nature of management contracts and the partership agreements are contractual. Necessity of public tenders.

Key words: Administrative law, State, partnerships, third sector, civil society, non-profit non-governmental organizations, Public Administration, burocracy, neo-liberalism, social services.

“Não pode haver Estado democrático que se afirme sem cidadania ativa e sociedade participante, mas a ausência de Estado reduz o social a mero mundo dos interesses, a território de caça do mercado.”¹

Marco Aurélio Nogueira

INTRODUÇÃO

O Estado deve ser apenas regulador das relações sociais, pois está "falido" e não tem mais condições de executar diretamente os serviços públicos, cabendo a ele financiar, fomentar o "terceiro setor", o "setor público não-estatal", para que este passe a prestar os serviços sociais, de forma gerencial, com muito mais eficiência, longe da burocracia e corrupção existente na esfera estatal, e portanto, com mais democracia, com mais controle social.

Nos últimos anos este tem sido o discurso dominante na Academia, na Administração Pública, nos partidos políticos, entre outros segmentos. Entretanto, neste trabalho praticamente "remaremos contra a maré", de uma forma crítica ao ideário adotado por muitos profissionais do Direito, professores, estudiosos do chamado "terceiro setor", administradores públicos, etc.

Desde o final dos anos 70 do século XX, nos países centrais, e no Brasil à partir da década de 90, vivemos uma nova realidade. As organizações não-governamentais que, até certo momento eram contestadoras, cobradoras do Poder Público de melhores condições de vida à população e, enfim, lutadoras pela emancipação do indivíduo, passaram a ser parceiras do Estado, prestando serviços sociais como educação, saúde, assistência social, cultura, entre outros, que antes, na sua maioria, eram executados diretamente pelo Estado.

Diante do ímpeto, cada vez maior, de repasse para entidades privadas sem fins lucrativos de atribuições que no chamado Estado social nos países centrais e no Estado desenvolvimentista nos países periféricos, eram realizadas, em grande parte, diretamente pelo Poder Estatal, é de suma importância o estudo do "terceiro setor" na sua participação cada vez maior na execução de serviços sociais ou não-exclusivos. Todo esse ideário, em conformidade com o “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”, do chamado "gerencialismo", que culminou com a Emenda Constitucional nº 19/98 e mudanças legislativas, com o surgimento das

¹ NOGUEIRA, Marco Aurélio. *Um Estado para a sociedade civil: temas éticos e políticos da gestão democrática*, 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 34.

organizações sociais, das organizações da sociedade civil de interesse público, as famosas OSCIPs, e seus respectivos contratos de gestão e termos de parceria. Ressaltamos que não deixaremos de realizar as críticas necessárias, sempre com a tentativa de nos embasarmos na doutrina, sem análises infundadas.

A dissertação terá por objeto a análise das relações de “parceria” entre a Administração Pública e entidades da sociedade civil sem fins lucrativos, quando pretendermos definir com clareza o regime jurídico dos vários instrumentos existentes, em face ao nosso ordenamento jurídico, como os contratos administrativos, convênios, contratos de gestão e termos de parceria, para fins diversos como “cooperação”, fomento e “desburocratização” do aparelho estatal. O presente estudo abará apenas as transferências diretas ocorridas por meio destes instrumentos firmados com organizações da sociedade civil, normalmente qualificadas com títulos concedidos pelo Poder Público.

Antes de adentrarmos ao tema do “terceiro setor” e suas parcerias, faremos uma análise do papel do Estado e da Administração Pública, tratando de temas como o Estado social, o neoliberalismo, a democracia, a burocracia, o gerencialismo, etc.

Quando analisarmos o “terceiro setor”, trataremos da sociedade civil, tentaremos aprofundar os principais temas relativos ao “terceiro setor”, com posições favoráveis e contrárias ao seu ideário, com uma passagem sobre as pessoas jurídicas sem fins lucrativos e os títulos ou qualificações que existem para as entidades do “terceiro setor”. Tentaremos realizar uma confrontação dos vários posicionamentos existentes sobre o tema, não apenas com o viés jurídico, uma vez que o “terceiro setor”, tão divulgado como a “salvação” dos problemas sociais em nosso país, como substituto de uma ação direta do Estado em áreas sociais como educação, saúde e assistência social, deve ser analisado também sob o ponto de vista dos assistentes sociais, sociólogos, filósofos, cientistas políticos, entre outros estudiosos.

Por fim, trataremos das parcerias entre a Administração e o “terceiro setor”, chamadas de privatização em sentido lato, em face do ordenamento jurídico brasileiro, que tomaram fôlego, principalmente, no final do século XX, com a Emenda Constitucional nº 19/98 e com a tentativa de implantação do gerencialismo. Os contratos administrativos, convênios, contratos de gestão, termos de parcerias, e outras espécies de acordos, serão abordados minuciosamente. Antecipamos que

muitas vezes estas "parcerias" são pactuadas com o propósito de fuga de exigências constitucionais como a licitação, o concurso público, enfim, uma fuga do regime jurídico administrativo, o que pode gerar a ocorrência de promiscuidades.

Para tratar do tema apresentado, pretendemos dividi-lo em três partes: no primeiro capítulo exporemos sobre o Estado e a Administração Pública, com a análise de assuntos como Governo, reforma do Estado, Estado social, serviços sociais, fomento, neoliberalismo, democracia, princípio da subsidiariedade, patrimonialismo, burocracia, gerencialismo, Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado e publicização.

No segundo capítulo, que trata do "terceiro setor" e sociedade civil, considerações e críticas ao "terceiro setor" serão externadas, sendo analisados ainda os movimentos sociais, o público e o privado, as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, como as associações e fundações privadas, as entidades paraestatais, e os títulos de utilidade pública, de beneficência, de organização social e organizações da sociedade civil de interesse público.

O terceiro capítulo será reservado para discussões sobre os contratos administrativos, convênios, contratos de gestão, termos de parcerias, e seus regimes jurídicos, necessidade de licitação, etc.

Salientamos que não há uma unificação nos termos a serem utilizados para as entidades da sociedade civil sem fins lucrativos, que também podem ser denominadas como pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, organizações não governamentais - ONGs, entidades do "terceiro setor", setor público não estatal, economia social, organizações voluntárias, etc.

Ressaltamos também que utilizaremos neste trabalho o termo "terceiro setor" sempre entre aspas, de forma crítica, seguindo tendência de Carlos MONTAÑO, conforme adiante explicitado.²

Por fim, informamos que uma das inspirações desta dissertação foi o filme brasileiro "Quanto vale ou é por quilo?", do cineasta paranaense Sérgio BIANCHI, que trata criticamente do "terceiro setor". Segundo BIANCHI, "nos dias atuais, o chamado terceiro setor explora a miséria, preenchendo a ausência dos estados em atividades assistenciais, que na verdade também são fontes de muito lucro".³ O

² MONTAÑO, Carlos. *Terceiro setor e questão social*. São Paulo: Cortez, 2002.

³ Conforme encarte da caixa do DVD do filme. QUANTO VALE OU É POR QUILO?. Direção e Roteiro de Sérgio Bianchi. Brasil. Europa Filmes, 2005. É uma livre adaptação do conto de Machado de ASSIS "Pai contra a mãe", com crônicas de Nireu CAVALCANTI extraídas dos autos do Arquivo Nacional do RJ.

filme mostra situações como a de duas entidades do "terceiro setor" competindo para ver de quem são os mendigos de determinada região; faz um paralelo entre a escravidão e os dias de hoje: os escravos e os assistidos pelo "terceiro setor", os capitães do mato e os bandidos de hoje, os escravos como mercadorias e os excluídos como mercadorias; e ainda critica a utilização de entidades sem fins lucrativos para lavar dinheiro, burlar o fisco, descumprir parcerias com o Estado para desviar verbas; a utilização dos fundos governamentais como combustível para projetos sociais; a elaboração de manuais de capacitação para arrecadação de recursos governamentais (que Carlos MONTAÑO chama de captação de recursos - *fundraising*); os altos gastos com atividades-meio de entidades sociais como aluguel, viagens, restaurantes, salários, hotéis, propaganda, etc.; a defesa do "terceiro setor" como instrumento que "movimenta a economia do país" e como oportunidade de empregos, na qual cada criança corresponde a cinco empregos; o alto volume financeiro gerido pelo "terceiro setor", o que segundo o filme, ao invés de gastos no "setor" poderia distribuir U\$ 10.000 ao ano para cada criança abandonada, enquanto há falta de dinheiro para as atribuições do Estado; a chamada "responsabilidade social" das empresas, que podem cobrar mais quando atuam pelo bem comum.

É nesta realidade social do nosso país - subdesenvolvido, periférico - que pretendemos abordar os temas aqui propostos, sempre com uma visão crítica e, porque não, com uma certa indignação com a situação vivida por nossa sociedade.

“As deficiências e distorções do Estado poderão ser oportuna e convenientemente corrigidas, para que ele seja, efetivamente, um instrumento de **todos** [grifo do autor] os homens para a consecução da Justiça e da Paz.”⁴

Dalmo de Abreu Dallari

“É curioso imaginar que mais de duzentos anos depois do nascimento do Estado moderno sob o signo da liberdade e da dignidade humana ainda haja espaço para discutir, pensar, denunciar ou mesmo constatar a existência de franjas da sociedade que não só não estão cobertas pelo manto protetor do Estado, como sofrem opressão exatamente por isso”.⁵

Carlos Frederico Marés de Souza Filho

1. O ESTADO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.1. O ESTADO, O GOVERNO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Antes de iniciarmos o estudo dos tipos de Estado e de Administração Pública, é essencial que tentemos diferenciá-los entre si, e com o que seja governo.⁶

Sobre o Estado, Romeu Felipe BACELLAR FILHO salienta que "não podendo viver isoladamente, o homem constituiu sociedades que tiveram de se organizar internamente para poder sobreviver, nascendo assim o conceito de nação". Para ele o Estado é uma nação politicamente organizada, composto por seu governo soberano.⁷

Consoante lição de Dalmo de Abreu DALLARI, o Estado é a “ordem jurídica soberana, que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”.⁸ Para o autor, já que é necessária a presença do Estado, “é melhor que

⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do Estado*. São Paulo: Moderna, 1980, p. 173.

⁵ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *A universalidade parcial dos direitos humanos*. Trabalho apresentado originalmente para Seminário em Quito, Equador, organizado pelo Instituto Latino-americano de Serviços Legais Alternativos, 1994. Publicado em espanhol na série documentos de ILSA, Bogotá. Corrigido para o Seminário Internacional "Ciência, cientistas e tolerância".

⁶ Ressaltamos que utilizaremos o termo "Administração Pública" com iniciais maiúsculas quando nos referirmos a entidades e órgãos administrativos, e com minúsculas quando tratarmos da função ou atividade administrativa, seguindo a linha de CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*, 10ª edição. Coimbra: Almedina, 1991, p. 05, MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 59. Isso não significa, de forma alguma, que defendamos um Estado ou uma Administração Pública antidemocráticos, superiores aos direitos dos cidadãos, que desrespeitem seus direitos fundamentais.

⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 16.

⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. Obra citada, 1980, p. 56. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 118.

todos participem dele".⁹

Segundo Hely Lopes MEIRELLES, o Estado é a corporação territorial dotada de um poder de mando originário, é comunidade de homens, com potestade superior de ação, de mando e de coerção, é pessoa jurídica de direito público interno, soberana, que atua no Direito público e privado, juridicamente organizado, constituído de povo (componente humano), território (base física) e governo soberano (elemento condutor); e a vontade do Estado manifesta-se por meios de seus Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, com suas funções precípuas, mas não privativas. Já o governo, para o autor, é o conjunto de Poderes e órgãos constitucionais, é o complexo de funções estatais básicas, é a condução política dos negócios públicos, e sua constante é a sua expressão política de comando, de iniciativa, de fixação de objetivos do Estado e de manutenção da ordem jurídica vigente.¹⁰

Governo, para Norberto BOBBIO, é o conjunto de pessoas ou complexo de órgãos que exercem o poder político e que determinam a orientação política de uma determinada sociedade, os governantes são as pessoas que governam o Estado e os governados são aqueles sujeitos ao poder de governo na esfera estatal. Para o autor, se o Estado surgiu no século XVI, um poder de governo, rudimentar, aparece na passagem da comunidade primitiva para a organização política da sociedade. O governo é o órgão que tem a função de impor as regras de conduta e de tomar as decisões necessárias para manter a coesão do grupo, é uma forma de poder relativamente autônomo em relação aos vários grupos sociais, com a função específica de realizar a integração política da sociedade e a sua defesa no confronto com os grupos externos. Para BOBBIO, o governo coincide com o Poder Executivo, a Administração Pública executa as decisões do governo, e os órgãos dos Poder Legislativo e Judiciário, mesmo não sendo órgãos de governo, delimitam e controlam suas ações.¹¹

Romeu Felipe BACELLAR FILHO ensina que a estrutura do governo é a formada pelos Poderes Executivo, de maneira predominante, e Legislativo,¹² ampliando o âmbito da definição de governo de BOBBIO, ao incluir o Poder Legislativo.

⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O renascer do direito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 12.

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Obra citada, p. 59-61, 64.

¹¹ BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*, 12ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2004, p. 553-555. Colaboração de Lucio LEVI.

¹² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Obra citada, 2005, p. 17.

A Administração Pública é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do governo; é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade; é todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando a satisfação das necessidades coletivas, nos termos do Hely Lopes MEIRELLES.¹³

Quando trata da Administração Pública, Romeu Felipe BACELLAR FILHO aduz que "à medida que o Poder Público se organiza, cria um aparelhamento complexo para cuidar de seus serviços e dar consecução aos seus objetivos".¹⁴ O autor ainda ensina que "a Administração Pública, considerada um aparelhamento constituído pelo Estado para satisfazer o bem comum, deve ter realçada, em sua atuação, a compreensão de que **o Estado é uma síntese de todos**". Conclui que "a existência da Administração Pública só tem sentido em função de uma **justa e eqüitativa distribuição, entre os cidadãos, dos direitos e os encargos sociais**".¹⁵ (Grifo nosso.)

Para Marcello CAETANO, a Administração Pública em sentido **material**, é "o conjunto de decisões e operações mediante as quais o Estado e outras entidades públicas procuram, dentro das orientações gerais traçadas pela Política e directamente ou mediante estímulo, coordenação e orientação das actividades privadas assegurar a satisfação regular das necessidades colectivas de segurança e de bem-estar dos indivíduos, obtendo e empregando racionalmente para esse efeito os recursos adequados"; e no sentido **orgânico** "é um sistema de órgãos hierarquizados ou coordenados a que está atribuída a promoção e realização dos interesses coletivos por iniciativa própria, para execução de preceitos jurídicos ou por imposição do bem comum, e utilizando todas as técnicas adequadas à obtenção dos resultados visados, podendo também praticar atos jurisdicionais relacionados com sua atividade funcional".¹⁶

Podemos concluir que o Estado é uma nação politicamente e juridicamente organizada, uma pessoa jurídica de direito público interno, com soberania, em

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. Obra citada, p. 64.

¹⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Obra citada, 2005, p. 16.

¹⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 25.

¹⁶ CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*, 10ª edição. Coimbra: Almedina, 1991, p. 05, 15. Também trata dos sentidos materiais e orgânicos de Administração RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981, p. 13.

determinado território, composta pelo povo e regida pelo governo, com o seu poder político. E a Administração Pública é o aparelho por qual o Estado se utiliza para a consecução dos objetivos do governo.

Para adentrarmos ao tema "Estado", quando analisaremos o Estado social e o neoliberal, preliminarmente traremos uma breve exposição de Boaventura de Souza SANTOS sobre a chamada "Reforma do Estado".

1.1.1. A reforma do Estado, por Boaventura de Souza Santos

O sociólogo português Boaventura de Souza SANTOS, quando dispõe sobre a reforma do Estado, salienta que há dois paradigmas de transformação social da modernidade, a **revolução**, contra o Estado, e o **reformismo**, realizado pelo Estado, o qual é a solução do problema, o sujeito da reforma, e a sociedade o seu objeto.¹⁷ Para ele, na atualidade, o Estado é o problemático e objeto de reforma, ocorrendo uma **crise do reformismo**. Durante o reformismo, “o Estado foi a arena política onde o capitalismo procurou realizar todas as suas potencialidades por via do reconhecimento dos seus limites” e “a forma política mais acabada do reformismo foi o **Estado-Providência** nos países centrais do sistema mundial e o **Estado desenvolvimentista** nos países semiperiféricos e periféricos”.¹⁸ Para o autor:

“Enquanto mudança social normal, o reformismo não é pensável sem o contraponto da mudança social anormal, ou seja, da revolução. Aliás, o mesmo vale para a revolução. A análise das grandes revoluções modernas mostra que todas elas recorrem ao reformismo como condição do seu êxito e consolidação. De facto, uma vez ocorrida a ruptura revolucionária, as primeiras medidas dos novos poderes foram invariavelmente as de se protegerem contra a eclosão de novas revoluções para o que recorreram à lógica reformista da repetição e melhoria. Retrospectivamente, pois, **as revoluções têm sido sempre o momento inaugural do reformismo enquanto o reformismo só faz sentido político enquanto processo pós-revolucionário**. Mesmo quando o seu objectivo é prevenir a eclosão da revolução, a sua lógica opera por antecipação da situação pós-revolucionária”.¹⁹ (Grifo nosso.)

¹⁷ Sobre reforma e revolução, ver LUXEMBURGO, Rosa. *Reforma social ou revolução?*, 2ª ed. São Paulo: Global, 1990.

¹⁸ O autor questiona sobre quem será o sujeito da reforma; se será a sociedade (e quem na sociedade), ou o próprio Estado (uma auto-reforma); e se a reforma do Estado põe em causa a distinção entre Estado e sociedade que até agora tem vigorado. Aduz que o reformismo traduziu-se numa articulação específica entre os três princípios de regulação na modernidade: o princípio do Estado, o princípio do mercado e o princípio da comunidade, sendo que os dois primeiros foram reforçados e o terceiro descaracterizado. SANTOS, Boaventura de Souza. *A reinvenção solidária e participativa do Estado*. In: Seminário Internacional Sociedade e a Reforma do Estado, www.planejamento.gov.br, acesso em 01/12/2005, São Paulo: MARE, 1998, p. 01.

¹⁹ Ibid., p. 03.

Desde a década de 80 há uma **crise do reformismo**, pois seus pressupostos foram postos em causa com o capitalismo global e o seu braço político, o Consenso de Washington, que faz emergir o **Estado fraco** só ao nível das estratégias de **hegemonia e de confiança, pois ao nível da estratégia de acumulação é mais forte do que nunca**, uma vez que passa a competir a ele gerir e legitimar no espaço nacional as exigências do capitalismo global. Para ele “não se trata, pois, da crise do Estado em geral, mas de um certo tipo de Estado”, onde é construído um outro Estado forte, sintonizado com o capitalismo global, capaz de submeter todas as interdependências à lógica mercantil.²⁰

A crise do reformismo decorreu da crise da pós-revolução, com a queda do muro de Berlim, quando o reformismo deixou de fazer sentido. Para o autor, “enquanto não surgir no horizonte um outro momento revolucionário, não será inaugurado um novo paradigma reformista”. Para ele “é o movimento de mudança social próprio de um período histórico que é demasiado prematuro para ser pré-revolucionário e demasiado tardio para ser pós-revolucionário. É esse o nosso período histórico”. Conforme Boaventura, o fim do reformismo determinou o início do movimento para a reforma do Estado, cuja **primeira fase** é a do Estado **irresponsável, mínimo**, com o ideário de que “o Estado é inerentemente ineficaz, parasitário e predador, por isso a única reforma possível e legítima consiste em reduzir o Estado ao mínimo necessário ao funcionamento do mercado”. Neste momento “distingue-se então entre as funções que são exclusivas do Estado das que o Estado foi tomando por usurpação ou concorrência de outras instâncias não estatais de regulação social, com a implicação de que **o Estado deve ser confinado às suas funções exclusivas**”. Foi um “movimento global desta vez impulsionado pelas instituições financeiras multilaterais e pela acção concertada dos Estados centrais com recurso a dispositivos normativos e institucionais muito poderosos pela sua abstracção e unidimensionalidade, tais como dívida externa, ajustamento estrutural, controle do défice público e inflação, privatização,

²⁰ “O capitalismo global e o seu braço político, o Consenso de Washington, desestruturaram os espaços nacionais de conflito e negociação, minaram a capacidade financeira e reguladora do Estado, ao mesmo tempo que aumentaram a escala e a frequência dos riscos até uma e outra ultrapassarem os limiares de uma gestão nacional viável. A articulação entre as três estratégias do Estado — acumulação, hegemonia e confiança —, que presidem ao reformismo, entrou em processo de desagregação e foi paulatinamente substituída por uma outra dominada inteiramente pela estratégia de acumulação”. Ibid., p. 03.

desregulamentação, reconhecimento do colapso eminente do Estado-Providência e sobretudo da segurança social, e a consequente redução drástica do consumo colectivo da protecção social, etc.". Mas a emergência das máfias, "a corrupção política generalizada e o colapso de alguns estados do chamado Terceiro Mundo vieram mostrar os dilemas do consenso do Estado fraco" e "como toda a desregulamentação envolve regulamentação, o Estado, paradoxalmente, tem de intervir para deixar de intervir" e "começou a ser claro que o capitalismo global não pode dispensar a existência de Estados fortes ainda que a força estatal tenha de ser de um tipo muito diferente daquele que vigorou no período do reformismo e se traduziu no Estado-Providência e no Estado desenvolvimentista".²¹

A **segunda fase** do Estado reformável, para Boaventura, se assenta em dois pilares fundamentais, a reforma do sistema jurídico e o papel do chamado "terceiro setor".²²

Concordamos com quase toda a análise realizada por Boaventura de Souza SANTOS. Apenas entendemos que, conforme adiante será melhor explorado, esta chamada segunda fase da reforma do Estado, com a utilização do "terceiro setor" como prestador de serviços sociais, **também pode ser caracterizada como defensora do Estado mínimo, irresponsável e, portanto, neoliberal**. Tudo **dependerá** de como será organizada a sociedade civil, os movimentos sociais, etc.

Carlos MONTAÑO não faz esta diferenciação entre a primeira e segunda fase da reforma do Estado. Para ele, a reforma do Estado, como regra, é neoliberal, utilizada como uma das formas de reestruturação geral do capital, uma reforma não apenas política e técnica, mas também económica, cuja função é ampliar a acumulação capitalista. Para ele a reforma do Estado está articulada com o projeto de liberar, desimpedir e desregulamentar a acumulação de capital, retirando a legitimação sistêmica e o controle social da lógica democrática e **passando a lógica da concorrência do mercado**. Na verdade uma contra-reforma, operada pela **hegemonia neoliberal**, que procura **reverter as reformas desenvolvidas historicamente** por pressão e lutas sociais e dos trabalhadores, tendo seu ponto máximo expresso na Constituição da República do Brasil de 1988.²³

Mais adiante trataremos em tópicos específicos sobre o "terceiro setor".

²¹ Ibid., p. 04.

²² Ibid., p. 05.

²³ MONTAÑO, Carlos. Obra citada, p. 26, 27, 29.

Antes, é essencial aclararmos algumas questões relativas ao Estado, principalmente o social e o neoliberal.

1.1.2. O Estado social

“Só se é livre quando todos são livres.”²⁴
Jean-Paul Sartre

“Onde está a liberdade do não proprietário?”²⁵.
Proudhon

Como contraponto ao Estado absolutista, Cármen Lúcia Antunes ROCHA informa que o **Estado liberal** burguês surgido nos séculos XVII, XVIII e XIX era fundamentado no limite do poder do Estado e na garantia dos direitos fundamentais individuais (liberdade do indivíduo como limite à ação negativa do Estado), um pensamento, segundo ela, individualista, que determinava a abstenção do Estado, e que este deveria ser apenas policial. Como o Estado mínimo liberal não assegurava vida digna à grande maioria da população, foi verificada a necessidade de que o Estado interviesse para assegurar certos direitos aos cidadãos. Textos como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a Declaração de Robespierre de 1793, a Constituição Francesa de 1848, foram incluídos alguns direitos sociais fundamentais.²⁶

Com o aumento cada vez mais expressivo de uma classe proletária, consciente de que “não é livre quem não detém auto-suficiência material”, verificou-se a necessidade de uma reestruturação estatal, com uma atuação mais positiva do Estado, para proporcionar condições mínimas como educação, saúde, cultura e moradia, surgindo os “**direitos fundamentais sociais**”. O princípio primeiro era o da igualdade e, conforme explica Cármen Lúcia Antunes ROCHA, enquanto que os direitos individuais determinam que o Estado não aja naquele espaço de liberdade constitucionalmente assegurada ao indivíduo, os direitos sociais determinam que o Estado aja naquele espaço de igualdade constitucionalmente garantida a todos.²⁷

Assim, como antítese ao Estado liberal, surgiu o **Estado do bem-estar**

²⁴ SARTRE, Jean-Paul. Apud Carlos Guilherme Mota, em apresentação da obra de DALLARI, Dalmo de Abreu. Obra citada, 1980, p. 05, 06.

²⁵ PROUDHON, apud AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 81.

²⁶ Até o Brasil, que vivia num Estado absolutista e escravocrata, em sua primeira Constituição de 1824, incluiu alguns direitos sociais. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*: São Paulo: Saraiva, 1999, p. 1-58.

²⁷ Ibid., p. 06, 44.

social²⁸, obrigado constitucionalmente a intervir na ordem econômica e social; prestador de serviços públicos para todos, e não apenas para os que tinham recursos materiais. Esse tipo de Estado surgiu principalmente a partir da Primeira Guerra Mundial de 1914 a 1918, Revolução Russa de 1917²⁹ e o "crack" da bolsa de Nova Iorque de 1929.³⁰ Época chamada por Boaventura de Souza SANTOS de "capitalismo organizado", com medidas radicais resultantes de um pacto social entre capital e trabalho, sob a égide do Estado.³¹

No campo jurídico, nasce a Constituição Social, com as Constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919, em substituição às constituições liberais, e traziam o rol de serviços públicos que garantiriam os direitos fundamentais sociais. Nestes termos, "o direito não seria mais o mesmo", pois estas cartas impuseram uma nova tendência sócio-política nos documentos constitucionais de todos os Estados, inclusive no Brasil.³²

Para Cármen Lúcia Antunes ROCHA, não bastava o Estado ser social e de Direito, mas teria que ser também democrático, a chamada democracia social, num Estado social democrático de Direito, onde não apenas a vida mas a dignidade da vida seriam importantes, surgindo direitos fundamentais relativos ao princípio da fraternidade, como os direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, ao patrimônio da humanidade e à informação cultural.³³ Sobre o tema, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO aduz que:

²⁸ Expressão de William A. ROBSON, apud MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 18. Também chamado de Estado social (*Sozialstaat*), Estado do bem-estar (*Welfare State* ou *Wohlfahrtstaat*), Estado providência ou Estado do desenvolvimento. Dora Maria de Oliveira RAMOS ainda o denomina de Estado Assistencial e Estado Social-Democrata. RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na Administração Pública*. São Paulo: LTr, 2001, p. 25.

²⁹ Paulo BONAVIDES entende que se não fosse a Revolução Socialista do século XX o mundo ainda estaria atado à cruel liberdade individualista do capitalismo selvagem do século XIX. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 211.

³⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Obra citada, p. 06.

³¹ SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000, p. 148.

³² Cármen Lúcia Antunes ROCHA alerta que há "uma dependência dos direitos sociais quanto aos direitos individuais. Onde esses não são assegurados (...) não se é de se cogitar (...) da eficácia, sequer mesmo da existência jurídica, de direitos sociais". Os direitos sociais seriam um passo a mais na garantia dos direitos fundamentais, "passo dado após a segurança havida quanto aos direitos individuais". Note-se que a Constituição brasileira de 1934 foi a primeira a inserir o título "Ordem Econômica e Social", mas apenas a Constituição de 1988 incluiu o princípio da dignidade da pessoa humana, alargou os direitos sociais e separou a ordem econômica da ordem social. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Obra citada. Odete MEDAUAR entende que por mais que a Constituição de 1988 não mencione a expressão "Estado social", é indubitável a preocupação social, e "existe um Estado social quando se verifica uma generalização dos instrumentos e das ações públicas de segurança e bem-estar social". MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 9ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 28.

³³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Obra citada.

o Estado, ao mesmo tempo em que foi chamado a agir nos campos social e econômico, para assegurar a justiça social, passou a pôr em perigo a liberdade individual, pela crescente intervenção que vai desde a simples limitação ao exercício de direitos até a atuação direta no setor da atividade privada, com o agravante de não alcançar a realização do objetivo inerente ao Estado Social de Direito, de assegurar o bem comum, pela realização dos direitos sociais e individuais nos vários setores da sociedade.³⁴

Assim, o Estado social de Direito deveria ser também democrático, com uma maior participação popular no controle da Administração Pública. Sobre democracia o ideário de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO será explicitado mais adiante.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO entende que no Estado social democrático de Direito o princípio do interesse público adquire nova roupagem, ao contrário dos ideais liberais do Direito. Para ela esta concepção de Estado tem o fito de servir à finalidade de proteger as liberdades individuais, mas com um interesse público humanizado e preocupado não só com os bens materiais, mas liberdade com dignidade, com um Estado atuante para a diminuição das desigualdades sociais e assegurar a toda a coletividade o bem-estar social. Ou seja, o interesse público como bem comum.³⁵ A autora ainda alerta que com o Estado social há um aumento nas atribuições do Estado:

a) algumas atribuições foram assumidas como **serviços públicos** comerciais, industriais e **sociais**, criando um maior número de empresas estatais e fundações.

b) outras **atividades econômicas** foram deixadas à iniciativa privada, mas também executadas pelo Estado à título de intervenção no domínio econômico, por meio das empresas estatais.

c) algumas atividades foram deixadas à iniciativa privada, limitando-se o Estado a fomentá-las, por considerá-las de interesse da coletividade. É a atividade de **fomento**, como incentivo à iniciativa privada de interesse público, por diferentes meios: honoríficos, jurídicos e econômicos.

d) ampliação do **poder de polícia**.³⁶

Dentre estas atribuições que aumentaram no Estado social, teceremos comentários sobre os serviços públicos sociais e o fomento.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2002, p. 25.

³⁵ *Ibid.*, p. 25, 26.

³⁶ *Ibid.*, p. 20-23.

1.1.2.1. Os serviços públicos sociais

Os serviços sociais também são chamados de não privativos, não exclusivos, competitivos do Estado. Os serviços públicos não privativos do Estado, para Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, são os serviços que o Estado **deve** desempenhar, sob regime de Direito público, sem impedir que a livre iniciativa também os exerça, independentemente de concessão ou permissão. São quatro, de acordo com a Constituição, as espécies de serviços sobre os quais o Estado não detém titularidade exclusiva: os serviços de saúde³⁷, educação³⁸, previdência social³⁹ e de assistência social.⁴⁰ Para o autor "ficam todos eles submetidos a um **tratamento normativo mais estrito** do que o aplicável ao conjunto das atividades privadas. Assim, o Poder Público, dada a **grande relevância social** que possuem, os disciplina com um rigor especial".⁴¹ (Grifo nosso.)

Para José dos Santos CARVALHO FILHO os serviços sociais são:

os que o Estado executa para atender aos reclamos sociais básicos, e representam ou uma atividade propiciadora de comodidade relevante, ou serviços assistenciais e protetivos. Evidentemente, tais serviços, em regra, são deficitários e o Estado os financia através dos recursos obtidos junto à comunidade, sobretudo pela arrecadação de tributos. Estão nesse caso os serviços de assistência educacional; apoio a regiões menos favorecidas; assistência a comunidades carentes, etc.⁴²

Quando subdivide os serviços públicos em administrativos, comerciais ou industriais e sociais, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO define os serviços públicos **sociais** como os que atendem a necessidades coletivas em que a atuação do Estado é essencial, mas que convivem com a iniciativa privada, e objetivam atender aos direitos sociais do homem, considerados direitos fundamentais pelo art. 6º da Constituição. Mas a autora ainda faz outra subdivisão, entre os exclusivos e **não exclusivos**, sendo estes executados pelo Estado ou particulares, neste último mediante autorização, e exemplifica como os concernentes à ordem social:

³⁷ Arts. 196, 197 e 199.

³⁸ Arts. 205, 208, 209, 211 e 213.

³⁹ Arts. 201 e 202.

⁴⁰ Arts. 203 e 204.

⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 644. O autor ainda aduz que além destes quatro serviços públicos, os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens também são serviços que o Estado tem obrigação de prestar, mas sem exclusividade. *Ibid.*, p. 646.

⁴² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 261.

Com relação a esses serviços não exclusivos do Estado, pode-se dizer que são considerados serviços públicos **próprios**, quando prestados pelo Estado; e podem ser considerados serviços públicos **impróprios**, quando prestados por particulares, porque, neste caso, ficam sujeitos a autorização e controle do Estado, com base em seu poder de polícia. São considerados serviços públicos, porque atendem a necessidades coletivas; mas impropriamente públicos, porque falta um dos elementos do conceito de serviço público, que é a **gestão**, direta ou indireta, **pelo Estado**.⁴³ (Grifo nosso.)

Quando classifica os serviços públicos quanto à natureza da necessidade a ser satisfeita como sociais, comerciais e industriais, e culturais, Marçal JUSTEN FILHO define **serviços públicos sociais** como "aqueles que satisfazem necessidades de cunho social ou assistencial, tal como educação, a assistência, a segurança".⁴⁴

Carlos Ari SUNDFELD diferencia os serviços públicos dos **serviços sociais**, pois estes não têm titularidade estatal. De qualquer forma, para o autor, a prestação de tais serviços é dever inafastável do Estado. Para o autor a Constituição não reserva-os apenas ao Estado, mas obriga que ele os execute, e quando prestados pelos particulares (atividade dos particulares) será em regime de direito privado, e quando executado pelo Estado (atividade estatal), em regime de direito público.⁴⁵

Romeu Felipe BACELLAR FILHO classifica os serviços públicos, quanto à execução, em serviços exclusivos e **não-exclusivos**, sendo estes os serviços não privativos do Estado, como os de saúde e de educação, "prestados tanto pelo Poder Público como pela iniciativa privada".⁴⁶

Eros Roberto GRAU define a atividade econômica em sentido amplo como gênero, subdividida em duas espécies: o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. O autor faz ainda uma diferenciação entre os serviços públicos privativos e os **não privativos**, sendo que estes "têm por substrato atividade econômica que tanto pode ser desenvolvida pelo Estado, enquanto serviço público, quanto pelo setor privado, caracterizando-se tal desenvolvimento, então, como modalidade de atividade econômica em sentido estrito".⁴⁷

Entendemos que os serviços sociais devem **obrigatoriamente** ser exercidos

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 105-107.

⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 499.

⁴⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 83-84.

⁴⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Obra citada, 2005, p. 157.

⁴⁷ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 133, 146.

pelo Estado, sob o regime de Direito público, como serviços públicos sociais. Eles diferem dos serviços públicos privativos, uma vez que estes são privativamente de titularidade do Estado, prestados diretamente pelo Poder Público ou mediante concessão ou permissão de serviços públicos.

Entretanto, os serviços sociais não serão executados exclusivamente pelo Estado, pois tanto o mercado quanto o "terceiro setor" poderão prestá-los, independentemente de concessão ou permissão, bastando uma autorização do Poder Público, que exercerá controle via poder de polícia.⁴⁸ Neste caso estes serviços serão denominados apenas de sociais, e não de serviços públicos sociais, pois apenas os serviços de titularidade do Estado são considerados como serviços públicos. Relembrando que pela grande relevância social estes serviços terão um tratamento normativo mais restrito do que as demais atividades econômicas, por mais que sejam exercidos sob regime de Direito privado.⁴⁹

O Estado executará diretamente os serviços sociais em grau maior ou menor, dependendo do desenvolvimento econômico e social de cada nação, aplicando-se o princípio da subsidiariedade de forma mais social ou neoliberal, conforme o ideário de cada governante. Lembramos que adiante o princípio da subsidiariedade e o neoliberalismo serão melhor analisados.

Note-se que o Estado, além de não executar diretamente determinados serviços sociais, permitindo que a iniciativa privada os execute, poderá fomentá-la com recursos financeiros, principalmente o "terceiro setor", para que os exerça, conforme será tratado no próximo tópico.

1.1.2.2. O Fomento

O fomento realizado pelo Estado, junto à iniciativa privada, das atividades consideradas de interesse da coletividade, de interesse público, é uma ação com

⁴⁸ O controle, a fiscalização exercida pelo Estado, ocorrerá, por exemplo, nos termos do art. 199 da Constituição Federal, no caso da saúde, e art. 209, na educação. De qualquer forma, quando prestados pelo Poder Público, por dever constitucional, a execução destes serviços não poderá ser repassada para particulares por simples terceirização ou mesmo concessão/permissão de serviços públicos. Sobre o tema, VIOLIN, Tarso Cabral. *A terceirização ou concessão de serviços públicos sociais - a privatização de creches municipais*. In: Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal - IDAF nº 13. Curitiba: Zênite, agosto/2002, p. 25.

⁴⁹ Sobre o tema, VIOLIN, Tarso Cabral. *O "terceiro setor" e a prestação de serviços públicos sociais*. In: COSTALDELLO, Angela Cassia (Coord.). *Serviço Público*. Curitiba, Juruá, 2005, p. 235-248. Leandro Marins de SOUZA informa que o sistema jurídico italiano acolheu o "terceiro setor" (*terzo settore*), como participante da promoção de serviços sociais. SOUZA, Leandro Marins de. *Tributação do Terceiro Setor no Brasil*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 106.

várias denominações, como já informou DI PIETRO: os **honoríficos** (prêmios, recompensas, títulos, menções honrosas), **jurídicos** (privilégios próprios do Poder Público) e **econômicos** (auxílios, subvenções, financiamentos, isenções fiscais, desapropriações por interesse social).⁵⁰

Com relação ao fomento, Sílvio Luís Ferreira da ROCHA esclarece que os honoríficos e econômicos não deixam de ser jurídicos. Além disso, subdivide o fomento **econômico** em **reais** (uso de coisas ou serviços do domínio da Administração) e **financeiros**, que por sua vez subdividem-se em **diretos** (desembolso de dinheiro ou títulos) e **indiretos** (imunidades ou isenções de tributos). O autor ainda diz que “o fomento é, das funções do Estado, a mais afeta ao princípio da subsidiariedade”, “teria a vantagem de não expandir a máquina estatal” e não configuraria uma prestação obrigatória da Administração e que “quando for impossível atender a todos os possíveis beneficiários, por **escassez de recursos**, melhor estabelecer entre eles procedimento **licitatório** que privilegie uma solução definidora extremamente objetiva, como o **sorteio**, se restar demonstrado que os participantes estão em **situações idênticas**”.⁵¹ (Grifo nosso.)

Em nosso país o **fomento econômico financeiro direto** ocorre por meio da concessão de subvenções, auxílios e contribuições, conforme a Lei nº 4.320/64 e Decreto nº 93.872/86 (arts. 58 a 66), e por celebração de acordos de vontade como o convênio, o contrato de gestão e o termo de parceria.

No presente trabalho aprofundaremos o estudo dos acordos de vontade entre a Administração Pública e entidades do “terceiro setor”. Entretanto, de forma breve explicitaremos algumas questões sobre as subvenções, auxílios ou contribuições, reguladas pela Lei nº 4.320/64 e Decreto nº 93.872/86, que fixam as regras de cooperação financeira da União às entidades privadas.

As **subvenções** são transferências correntes as quais destinam-se a cobrir despesas de custeio operacional (manutenção e operação de serviços, como aluguel, pagamento de pessoal, conservação de bens) de entidades públicas ou

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, 2002, p. 20-23.

⁵¹ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 16, 20-24, 31. O autor ainda alerta que o fomento já existia desde a Idade Média, mas a valorização e o auge desta atividade apareceu no Estado Social. Ibid., p. 19. O “Estado do fomento” é “quiçá uma última evolução diferenciada e aperfeiçoada do liberalismo”. MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Obra citada, p. 19.

privadas⁵², e podem ser **sociais** ou **econômicas**.⁵³

A subvenção **social** é repassada para entidades públicas ou privadas de assistência social, culturais, médicas ou educacionais, **sem fins lucrativos**, e deve ser concedida sempre que for mais econômica para o Estado conceder os recursos à iniciativa privada do que prestar diretamente os serviços,⁵⁴ e o seu valor, sempre que possível, deve ser calculado com base em unidades de serviços efetivamente prestados ou postos à disposição dos interessados, obedecidos os padrões mínimos de eficiência. Para Sílvio Luís Ferreira da ROCHA as subvenções não representam a regra, mas a exceção, pois **a regra é a atuação direta do Estado nas áreas sociais**. Informa que as instituições privadas que pretendam receber subvenções sociais, além de não almejarem lucro, devem preencher uma série de requisitos, entre eles a disposição de renda e patrimônio regular, não podendo, assim, executar suas atividades com recursos exclusivos do Estado, e não dispor de recursos suficientes à manutenção ou ampliação de seus serviços.⁵⁵

A subvenção **econômica** também atende despesas de custeio, mas para empresas privadas **com** fins lucrativos ou empresas estatais, desde que haja autorização legislativa específica.

O **auxílio** (que deriva diretamente da Lei de Orçamento) e as **contribuições** (que derivam de lei especial) custeiam despesas de capital (que podem gerar serviços, riquezas, produzir um incremento), mediante apresentação de plano de aplicação prévio, podem também ser destinadas a entidades de direito público.⁵⁶

Os demais instrumentos de fomento econômico financeiro direto (transferência direta), como os convênios, contratos de gestão e termos de parceria serão tratados adiante. Lembramos que o fomento econômico financeiro indireto (transferências indiretas), como as imunidades ou isenções de tributos não serão abordados no presente estudo.⁵⁷

⁵² De acordo com o § 3º do art. 12 da Lei nº 4.320/64. Para Sílvio Luís Ferreira da ROCHA a subvenção, dentre os meios econômicos de fomento, é a mais utilizada ou a mais importante, citando que Roberto DROMI escolhe-a como a “coluna do fomento”. Expõe ainda que a subvenção é uma espécie de ato administrativo. ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Obra citada, p. 24.

⁵³ Consoante o art. 12, § 3º, da Lei nº 4.320/64 e art. 59 do Decreto nº 93.872/86.

⁵⁴ Nos termos do art. 16 da Lei nº 4.320/64.

⁵⁵ Ibid., p. 35-36.

⁵⁶ Sobre o tema, § 6º do art. 12 da Lei nº 4.320/64, Decreto nº 93.872/86 e IN nº 01/97 do STN. Sobre subvenções, auxílios e contribuições ver, ainda, Lei nº 11.178/2005, que é a Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO federal de 2006.

⁵⁷ Nas isenções o Estado abre mão do dinheiro que seria usado para pagar impostos e nos incentivos fiscais ele deixa de arrecadar uma parcela dos impostos, para doação pelo contribuinte a uma entidade. Conforme FALCÃO, Joaquim. *Democracia, direito e terceiro setor*. Rio de Janeiro:

Após o estudo do Estado social e das suas atribuições como os serviços sociais e o fomento, adentraremos na discussão sobre o Estado neoliberal e, consequentemente, o neoliberalismo.

1.1.3. O Estado e o neoliberalismo

"Nenhuma instituição pior que o dinheiro floresceu entre os homens."⁵⁸
Sófocles

"Todos nós, todos sem exceção, no que se refere à ciência, ao desenvolvimento, ao pensamento, aos inventos, aos ideais, aos desejos, ao liberalismo, à razão, à experiência e tudo, tudo, tudo, ainda estamos na primeira classe preparatória do colégio! Nós nos contentamos em viver da inteligência alheia - e nos impregnamos!"⁵⁹
Dostoiévski

Sobre o Estado neoliberal, Cármen Lúcia Antunes ROCHA informa que com a proclamada "crise do Estado", põe-se em xeque, desde a década de 80 do século XX, a Constituição social, com o ideário de retrocesso ao pensamento liberal, sendo posta em questão a participação política do Estado na vida econômica, tida, segundo a autora, como central exatamente por consertar com os direitos sociais e justificada para realizá-los, o que é uma "desumanização".⁶⁰

A autora entende que o termo crise tem dois conceitos: a separação precária de um momento, que precisa ser restabelecido para se retornar ao equilíbrio anterior; ou etapa de transformação, um período instável da passagem de um a outro modelo. Se a crise atual for a de etapa para uma transformação, questiona a autora se seria o ideal uma **reforma**, um retoque, um retorno ao liberalismo, ou uma **revolução**, com a substituição de um sistema por outro, com a

FGV, 2004, p. 156. Sobre tributação e imunidade tributária do "terceiro setor", recomendamos SOUZA, Leandro Marins de. *Tributação do Terceiro Setor no Brasil*. São Paulo: Dialética, 2004; MÂNICA, Fernando Borges. *Terceiro Setor e Imunidade Tributária*. Belo Horizonte: Fórum, 2005; SZAZI, Eduardo. *Terceiro Setor: regulação no Brasil*, 2ª ed. São Paulo: Peirópolis, 2001.

⁵⁸ Do personagem Creonte. SÓFOCLES. *Antígona*. Porto Alegre: L&PM, 1999, p. 25.

⁵⁹ DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Crime e Castigo*. São Paulo: 34, 2001, p. 214. Do personagem Razumíkhin.

⁶⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Obra citada. Francisco de Assis ALVES entende que com a democratização do país e a falência do Estado do bem-estar social, a cidadania e os direitos fundamentais passam a ser prioridade. ALVES, Francisco de Assis. *Fundações, organizações sociais, agências executivas, organizações da sociedade civil de interesse público e demais modalidades de prestação de serviços públicos*. São Paulo: LTr, 2000, p. 155. Conforme será analisado adiante, temos dúvidas se vivemos uma democracia substancial, ou apenas formal. Realmente, na atualidade, o atendimento aos direitos fundamentais são prioridade? E o discurso do Estado social já não dizia que era prioridade os direitos fundamentais, principalmente os direitos fundamentais sociais?

substituição do próprio capitalismo. Para ela a “crise do Estado”, na verdade, é a crise do próprio capitalismo.⁶¹

Segundo os neoliberais, a crise do Estado sugere um “Estado mínimo”, contrário ao “Estado intervencionista” ineficiente, o que seria um retorno, um retrocesso ao liberalismo, o neoliberalismo, na verdade um “hiperliberalismo”, com o individualismo em alta e o desumanismo à solta, colocando em questão o constitucionalismo social e ideais de igualdade, fraternidade, solidariedade e busca da justiça social.⁶²

Com esta crise do Estado social, a qual Boaventura de Souza SANTOS informa que vislumbra na década de 60 e se mantém até os dias de hoje, que é o período do “capitalismo desorganizado”, ocorre o desmantelamento das antigas formas organizativas, sem a visibilidade das novas formas que irão substituir as antigas. O capitalismo está mais forte do que nunca, e vários são os exemplos disso, como a neutralização dos movimentos socialistas, do ativismo operário e das relações sociais não mercantilizadas. Na verdade, os problemas do Estado-providência “não são jurídico-técnicos: são problemas políticos”. O autor é categórico ao afirmar que os Estados periféricos e semiperiféricos assumem a idéia da crise do Estado-Providência **sem nunca terem usufruído verdadeiramente deste**.⁶³

Emerson GABARDO defende que a crítica e reflexão sobre a crise do Estado social devem caminhar contra o sentido destrutivo pregado pela mentalidade pós-moderna.⁶⁴

Para Cármen Lúcia Antunes ROCHA o liberalismo seria uma lógica autoritária, com vertente de impossibilidade de liberdade do indivíduo, um “individualismo sem individualidade”, com o pensamento de uma globalização sem significar um mundo sem fronteiras.⁶⁵ O discurso neoliberal alardeia que o político espúrio, a corrupção, o Estado corporativo e clientelista seriam características

⁶¹ Ver sobre o tema OLIVEIRA, Francisco. *Os direitos do antivalor*. Vozes, 1998, p. 19.

⁶² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Obra citada.

⁶³ SANTOS, Boaventura de Souza. Obra citada, 2000, p. 155, 161.

⁶⁴ GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do estado*. Barueri/SP: Manole, 2003, p. 164.

⁶⁵ Vide a Área de Livre Comércio das Américas - ALCA, que pretende liberar o comércio mas não abrir as fronteiras para livre circulação de seres humanos. Sobre o tema, VIOLIN, Tarso Cabral. *A ALCA, as compras governamentais e a defesa do interesse público nacional*. In: Informativo de Licitações e Contratos - ILC nº 116. Curitiba: Zênite, outubro/2003, p. 860, resultado de pesquisa no Núcleo de Pesquisa em Direito Público do Mercosul da Universidade Federal do Paraná - NUPESUL, sob coordenação do Prof. Romeu Felipe BACELLAR FILHO.

advindas do Estado do bem-estar social, mas a autora dá a entender que seriam sobras do próprio Estado liberal, perguntando se o afastamento do Estado é mesmo um bom negócio para o povo, e se a terceirização, se é mais barata, é política, social e economicamente melhor. Exemplifica a ausência do Estado da economia e da sociedade nos países chamados "tigres asiáticos", com sua política de resultados e não de necessidades, que obtiveram ganhos na economia internacional, e questiona **se o povo vai bem ou se é feliz**. Enfim, a autora não nega o processo de globalização, pois a união de todos os povos é inevitável, mas a mera globalização econômica (lucro obtido por poucos donos do dinheiro) **não globaliza os direitos fundamentais**, e compara a globalização norte-americana capitalista com sede de lucro e com a fome do homem, ao do Império Romano, Império Britânico e Hitler.⁶⁶

Também críticos do neoliberalismo, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO,⁶⁷ Paulo BONAVIDES,⁶⁸ Valmir PONTES FILHO,⁶⁹ Sílvio Luís Ferreira da ROCHA,⁷⁰ Carlos Nelson COUTINHO⁷¹, Marco Aurélio NOGUEIRA⁷² e tantos outros autores entendem que no Brasil o neoliberalismo surgiu com toda a força nos governos de Fernando COLLOR DE MELLO e Fernando Henrique CARDOSO, com a redução sensível da participação do Estado na atividade econômica e na prestação dos serviços públicos.

Lúcia Valle FIGUEIREDO ainda profetiza:

Enfim, veremos a destruição feita no Estado e as novas formas criadas para o cidadão-"cliente" até que ponto se mantém, ou até que ponto se desmoralizam completamente, como, diga-se de passagem, além dos inúmeros problemas jurídicos

⁶⁶ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. Obra citada.

⁶⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Prefácio* da obra de ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 05.

⁶⁸ O autor entende que a eleição de Fernando Henrique CARDOSO em 1994 foi um "estelionato ideológico", com um sistema de governo indiferente às mazelas sociais, sem horizontes para a educação e a saúde, abraçado com o formulário neoliberal, e nada social-democrata. BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 138.

⁶⁹ O autor ensina que o Governo de Fernando Henrique CARDOSO sucumbiu aos padrões do FMI e seus imediatos beneficiários, os "estupradores" internacionais de nações, com uma política "neo-nazi-liberal-entreguista", citando como exemplo a extinção de órgão e entidades públicas com a substituição por organizações sociais. PONTES FILHO, Valmir. *O Estado brasileiro, sua atuação e seu dever constitucional*. In: Revista Trimestral de Direito Público nº 31. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 70.

⁷⁰ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Obra citada, p. 32.

⁷¹ COUTINHO, Carlos Nelson. Gramsci: um estudo sobre o seu pensamento político. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, p. 218.

⁷² Marco Aurélio NOGUEIRA, já analisando o Governo LULA DA SILVA, entende que ele persistiu desconstruindo o Estado, sem se dar conta de que tal operação entrava em contradição com seu propósito maior, o de reorganizar o conjunto do país. NOGUEIRA, Marco Aurélio. Obra citada, p. 29.

ocasionados, sem sombra de dúvida, que a tão decantada eficiência ainda não foi visualizada.

(...)

O tempo e a História, principalmente esta última, darão o testemunho dessa onda reformista açodada que tanto sacrifício trouxe à classe trabalhadora, que tanto prejudicou o crescimento da indústria nacional, que tanto despojou o Estado de bens públicos pela privatização, sem que a dívida nacional - quer interna, quer externa - diminuísse.⁷³

Nesta crítica ao neoliberalismo Boaventura Souza SANTOS ainda argumenta que a questão do Estado não se resolve pela redução da quantidade de Estado, mas sim pela construção de uma **outra qualidade de Estado**.⁷⁴

Valmir PONTES FILHO lembra que:

não somos a Suíça ou a Noruega, mas um país repleto de abissais desigualdades (sociais e regionais), em que o papel fundamental de condução da economia e da prestação de serviços públicos **ainda não prescinde da presença ou da intervenção direta do Estado**. Impossível é imaginar que num país subdesenvolvido como o Brasil o aparelho orgânico estatal seja pulverizado, dele se retirando suas funções primordiais, mormente aquelas que digam respeito ao estabelecimento do equilíbrio social e ao controle, ainda que parcial, do mercado.⁷⁵ (Grifo nosso.)

Marco Aurélio NOGUEIRA ressalta que a década de 90 foi a do chamado “pensamento único”, com uma concepção reformadora concentrada na diminuição do Estado e na valorização do mercado. Defende que **“não pode haver Estado democrático que se afirme sem cidadania ativa e sociedade participante, mas a ausência de Estado reduz o social a mero mundo dos interesses, a território de caça do mercado”**. (Grifo nosso.) O autor relata que assistimos à expansão do não-Estado, pela multiplicação de iniciativas do mercado e do “terceiro setor”, e de múltiplos Estados paralelos (criminalidade, tráfico, lavagem de dinheiro, corrupção), e este processo de desconstrução do Estado desorganizou o seu aparelho e diminuiu a força e a organicidade dos sistemas de desenvolvimento, assim como desvalorizou o Estado aos olhos do cidadão: “o Estado tornou-se um inimigo, algo a ser combatido, na melhor das hipóteses um ‘mal necessário’”. Conclui que o paradigma **gerencial** nos leva a um quadro meio darwinista, em que **apenas os melhores tem tudo para progredir**, e o Estado se mantém à margem, e que “a maioria das sociedades latino-americanas foi ficando sem um Estado que as regulasse e protegesse e, ao mesmo tempo, sem expansão econômica, sem

⁷³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 156.

⁷⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. Obra citada, 1998, p. 04.

⁷⁵ PONTES FILHO, Valmir. Obra citada, p. 69.

emprego, sem renda”. Enfim, o neoliberalismo providenciou uma operação para comprimir o Estado, não para melhorá-lo, e “a opção por menos Estado não se converteu em melhor distribuição de renda ou maior integração social, mas apenas em mais mercado” e “sem um Estado vigoroso, democrático e socialmente vinculado, não há como ter uma articulação virtuosa entre governabilidade, desenvolvimento, igualdade e justiça social”, e a melhor aposta repousa na recuperação democrática do Estado.⁷⁶

Entendemos que se o Estado Social cumpriu seu papel nos países cênicos no século XX, não o fez no Brasil e nos chamados países periféricos ou semi-periféricos. Nestes países, o Estado é na verdade um “pseudo-Estado social”, porque não ofertou, satisfatoriamente, educação, saúde, previdência, segurança, entre outros direitos fundamentais sociais à coletividade como um todo.⁷⁷ Francisco de OLIVEIRA chega a denominar o Estado do bem-estar social do Brasil de “um Estado de mal-estar social”.⁷⁸ É nessa realidade que pretende-se implementar ideais neoliberais nos Estados nacionais.

Ana Cláudia FINGER analisa que o encolhimento radical do Estado, com a conseqüente fragmentação de sua estrutura, leva ao aprofundamento da desigualdade e à exclusão social.⁷⁹

Sobre o neoliberalismo, Perry ANDERSON conclui que “este fenômeno chama-se hegemonia, ainda que, naturalmente, milhões de pessoas não acreditem em suas receitas e resistam a seus regimes. A tarefa de seus opositores é a de oferecer outras receitas e preparar outros regimes. Apenas não há como prever quando ou onde vão surgir. Historicamente, o momento de virada de uma onda é uma surpresa”.⁸⁰

Paulo Roberto Ferreira MOTTA alerta que:

“o processo de privatização, notadamente na América Latina, ao contrário do que ocorre em solo europeu, não visa uma melhor qualidade na

⁷⁶ NOGUEIRA, Marco Aurélio. Obra citada, p. 34, 37, 40, 42, 44-46, 48, 53, 54, 75, 76.

⁷⁷ Explica Cármen Lúcia Antunes ROCHA que “a extinção das práticas particularistas no espaço público em busca de benefícios pessoais não pode ser facilmente superada no modelo de Estado do Bem-Estar, que não completou sua obra”. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Obra citada.

⁷⁸ OLIVEIRA, Francisco de, apud COELHO, Simone de Castro Tavares. *Terceiro setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos*, 2ª ed. São Paulo: SENAC, 2002, p. 37.

⁷⁹ FINGER, Ana Cláudia. *O público e o privado na Administração Pública*. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 81.

⁸⁰ ANDERSON, Perry. *Balanço do Neoliberalismo*. In: ANDERSON, Perry (Org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático*. São Paulo: Paz e Terra, 1998, p. 23.

prestação dos serviços públicos. É, fundamentalmente, o método utilizado pelos governos para fazer frente às **exigências de seus credores internacionais** no (re)financiamento dos programas de estabilização econômica dos anos noventa. Serve também, ao **criar desemprego em massa, para debilitar os movimentos sociais adversários ao capitalismo**. O que se pode notar é que os ganhos dos processos privatizantes na América Latina são altamente contestáveis e na prática, na maioria das vezes, o que se tem é um **câmbio de monopólios**, antes estatais, agora particulares, e, no mais das vezes, estrangeiros”.⁸¹ (Grifo nosso.)

Carlos Frederico Marés de SOUZA FILHO aduz que “o novo sistema colonial que atende pelo nome de neo-liberalismo não é mais intervencionista, nem menos unicista e ganancioso que os conquistadores medievais nem que os liberais nacionalistas” e que “as empresas multinacionais, que pensam em suceder os Estados, não serão menos desumanas que os Estados burgueses, nem menos repressoras, nem menos ambiciosas. É nova pele para lobo ainda mais feroz”.⁸²

⁸¹ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. Agências reguladoras. Barueri/SP: Manole, 2003, p. 03.

⁸² SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 1998, p. 192.

Como informa Perry ANDERSON, o neoliberalismo, na verdade, nasceu logo após a segunda grande guerra mundial, com as idéias de Friedrich HAYEK, em seu “O Caminho da Servidão”, escrito em 1944. Em 1947, ainda com as bases do Estado do bem-estar em construção na Europa, adversários desse tipo de Estado e inimigos do New Deal estadunidense se reuniram na Suíça, por convocação de HAYEK, formando a Sociedade de Mont Pèlerin, “uma espécie de franco-maçonaria neoliberal”. As idéias desses neoliberais não foram colocadas em prática nessa época, idéias como a de que a desigualdade era um valor positivo, batendo de frente com qualquer pensamento social-democrata ou socialista. Com a crise econômica, no início da década de 70, o neoliberalismo começou a ganhar espaço, com seus ideais de que as baixas taxas de crescimento e altas taxas de inflação eram consequência do “poder nefasto” dos sindicatos e do movimento operário em geral que, com suas “pressões parasitárias” faziam o Estado ter cada vez mais gastos sociais, destruindo os lucros das empresas e desencadeando processos inflacionários. Para o autor, o remédio neoliberal era claro: “manter um **Estado forte**, sim, em sua capacidade de romper o poder dos sindicatos e no controle do dinheiro, mas **parco** em todos os **gastos sociais** e nas **intervenções econômicas**”.⁸³ (Grifo nosso.)

Laymert Garcia dos SANTOS e Francisco de OLIVEIRA entendem que o neoliberalismo considera que o Estado não deve governar para a sociedade, mas sim para o mercado, “o que implica regular a sociedade para que ela se curve aos interesses econômicos”.⁸⁴

Primeiro com Margaret THATCHER, na Inglaterra, em 1979, depois com Ronald REAGAN, nos EUA, em 1980, com KHOL, na Alemanha, em 1983, e assim por diante, salvo raras exceções, começaram os países centrais a se adoentarem com o neoliberalismo, em conformidade aos mandamentos de HAYEK. Usando a

⁸³ E continua: “A estabilidade monetária deveria ser a meta suprema de qualquer governo. Para isso seria necessária uma disciplina orçamentária, com a contenção dos gastos com bem-estar, e a restauração da taxa ‘natural’ de desemprego, ou seja, a criação de um exército de reserva de trabalho para quebrar sindicatos. Ademais, reformas fiscais eram imprescindíveis, para incentivar os agentes econômicos. Em outras palavras, isso significava reduções de impostos sobre os rendimentos mais altos e sobre as rendas. Desta forma, uma nova e saudável desigualdade iria voltar a dinamizar as economias avançadas, então às voltas com uma estagnação, resultado direto dos legados combinados de Keynes e de Beveridge, ou seja, a intervenção anticíclica e a redistribuição social, as quais haviam tão desastrosamente deformado o curso normal da acumulação e do livre mercado. O crescimento retornaria quando a estabilidade monetária e os incentivos essenciais houvessem sido restituídos”. ANDERSON, Perry. Obra citada, p. 09, 11.

⁸⁴ SANTOS, Laymert Garcia dos, e OLIVEIRA, Francisco de. *Tem limite?*. In: Folha de S. Paulo de 18 de setembro de 2005.

“cartilha neoliberal”, o Governo THATCHER diminuiu a emissão de moeda; elevou a taxa de juros; baixou os impostos sobre os altos rendimentos; aboliu o controle de fluxo financeiro; aumentou os níveis de desemprego; reprimiu as greves; criou legislação anti-sindical; disciplinou o orçamento e proferiu reformas fiscais; cortou os gastos sociais; e lançou amplo programa de privatização. Nos EUA ocorreu que a cartilha foi seguida, mas com a competição militar com a URSS, a disciplina orçamentária não foi respeitada, sendo um luxo possível devido ao seu peso na economia mundial. Nos outros países da Europa, assim como da Oceania, governos de direita e de esquerda acabaram seguindo a cartilha, com maior cautela, seja por acreditarem nela ou por imposição da “mão invisível do mercado”, como, por exemplo, na França, onde o governo socialista de MITERRAND se viu forçado a alterar seu rumo. Sílvia Luís Ferreira da ROCHA alerta que “a opinião pública favorável à privatização reforçou a determinação de governos de inspiração neoliberal e conservadora e conduziu governos de inspiração socialista a privatizar”.⁸⁵ A década de 90 foi marcada pela implementação dos ideais neoliberais na América Latina, a não ser no Chile onde esse processo foi anterior.

Plauto Faraco de AZEVEDO assevera que hoje “os neoliberais, avessos a toda interferência do Estado (a não ser, bem entendido, para assegurar seus interesses, para o que se faz necessária a existência e a efetividade de um Direito Penal, que dissuade os excluídos da idéia de resistência), o execram mais do que a Marx”.⁸⁶

Óscar CORREAS diz que o maior êxito do liberalismo contemporâneo, chamado de neoliberalismo, consiste em ter obtido **adeptos entre suas vítimas**, alertando ainda que o neoliberalismo tem o êxito de fazer crer que os marxistas são estatistas, e que os liberais lutam pela emancipação dos homens e mulheres, e conclui que “menos Estado e mais sociedade civil” é uma bandeira socialista, marxista, e da teologia da libertação, só que de um **Estado distinto e de uma sociedade civil distinta**.⁸⁷

⁸⁵ ROCHA, Sílvia Luís Ferreira da. Obra citada, p. 33.

⁸⁶ AZEVEDO, Plauto Faraco de. Obra citada, p. 89.

⁸⁷ “El mayor éxito del liberalismo contemporáneo, del llamado neoliberalismo, consiste en haber ganado adeptos entre sus víctimas”. “Menos estado y más sociedad civil”: ésa es una bandera socialista, marxista, del cristianismo de la liberación. Sólo que hablamos de distinto estado y distinta sociedad civil”. “El neoliberalismo ha tenido éxito en hacer creer que los marxistas son estatistas, y que los liberales están por la emancipación de los hombres y mujeres concretos”. CORREAS, Óscar. *El neoliberalismo en el imaginario jurídico*. In: MARQUES FILHO, Agostinho Ramalho et al. *Direito e neoliberalismo. Elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: Edibej, 1996, p. 03, 04, 06.

No projeto neoliberal, que para MONTAÑO é uma nova estratégia hegemônica de reestruturação geral do capital, verifica-se uma forte ofensiva contra o trabalho (flexibilização, subcontratação, terceirização), e paralelamente uma concentração de capital (megafusões de empresas, altas taxas de juros, privatizações, socorro com fundos públicos ao capital). Segundo o autor, enquanto o liberalismo clássico combatia o poder monárquico, o que na época representava um progresso histórico no desenvolvimento das liberdades, o neoliberalismo procura minimizar não o Estado absolutista, mas o Estado ampliado, democrático, social, o que representa um projeto claramente regressivo.⁸⁸

Plauto Faraco de AZEVEDO informa que “quem reage contra o caráter subreptício do discurso neoliberal é tachado de ‘dinossauro’, preso a posições ultrapassadas, avessas às demandas incontestáveis da modernidade” e cita Luís Fernando VERÍSSIMO que diz que os dinossauros “foram grandes criaturas. Já os bichos que se adaptam a tudo, que estão aí desde o começo do mundo e sobreviverão até o fim, todos sabem quais são: as baratas, os ratos...”.⁸⁹

Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, baseado em DAHRENDORF, aduz que com o desmantelamento do *welfare state* ocorre a destruição de características relevantes da vida comunitária e um sentimento crescente de insegurança pessoal para muitos. Alerta que o efeito mais grave do triunfo dos valores ligados à flexibilidade, à eficiência, à produtividade, à competitividade e à utilidade é a destruição dos serviços públicos; e serviços de saúde nacionais, instrução pública para todos e salário mínimo garantido tornam-se vítimas de um economismo desenfreado. Questiona, por fim, onde estaria o equivalente atual do movimento socialista do final do século XIX, respondendo que não existe e tampouco existirá no futuro, pois o individualismo transformou não só as sociedades civis mas também os conflitos sociais.⁹⁰

Laura Tavares SOARES, quando analisa que o “neoliberalismo ainda é hegemônico no campo da questão social”, diz que “dada a fragilidade ou a inexistência de um Estado de Bem-Estar Social na maioria dos países latino-

⁸⁸ MONTAÑO, Carlos. Obra citada, p. 25, 26, 86, 155.

⁸⁹ VERÍSSIMO, Luis Fernando. Entrevista a Daniel Stycer. *Isto é*, São Paulo, 26.07.1995, p. 14, apud AZEVEDO, Plauto Faraco de. Obra citada, p. 119.

⁹⁰ DAHRENDORF, R. *Quadrare il cerchio: benessere economico, coesione sociale e libertà politica*, 3ª ed., Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 38-40, apud COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal*. In: MARQUES FILHO, Agostinho Ramalho et al. *Direito e neoliberalismo. Elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: Edibej, 1996, p. 62.

americanos, o desmonte das políticas sociais foi mais fácil e também mais devastador”.⁹¹

Abili Lázaro Castro de LIMA, na tentativa de trilhar um caminho no sentido de atenuar ou, até mesmo, quem sabe, debelar as mazelas produzidas pela globalização, defende a linha de ação concebida por Pierre BOURDIEU, que clama pela atuação sobre os Estados nacionais, para defender e reforçar as conquistas históricas.⁹²

Entendemos que se hoje a situação social da humanidade é crítica, principalmente a dos países periféricos, onde nunca existiu a figura de fato do Estado Social Democrático de Direito, qual é a justificativa para que o Estado se retire ainda mais de suas funções? Apenas por questões fiscais? Ou burocráticas? Ou democráticas?

Sugerimos que se existe uma crise no Estado, que a resolvamos gastando melhor o dinheiro arrecadado pelos impostos (democratização do orçamento, aprimoramento das formas de controle do Estado para se evitar a corrupção, rediscussão da dívida externa, etc); fazendo com que a burocracia do Estado não atravesse suas atividades, sem a necessidade de “desburocratização” via privatização; e transformando o Estado em um ente realmente democrático, com uma reformulação no sistema eleitoral e nos institutos que a população dispõem para uma efetiva participação nas decisões governamentais. Ou seja, uma radicalização da democracia, almejando a democracia substancial e superando a democracia formal, segundo análise de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, adiante externada. Num Estado realmente governado pelo povo, pois, conforme o ensinamento de Friedrich MÜLLER: “o termo ‘democracia’ não deriva apenas etimologicamente de ‘povo’. Estados democráticos chamam-se governos ‘do povo’ [‘Volks’herrschaften’]; eles se justificam afirmando que em última instância o povo estaria ‘governando’ [‘herrscht’]”.⁹³

Para Fábio Konder COMPARATO, no regime político brasileiro, a "maioria pobre vota regularmente segundo o interesse e sob a influência dominante dos ricos, uma autêntica oligarquia, em que pese a aparência democrática com que se

⁹¹ SOARES, Laura Tavares. *Prefácio* da obra MONTAÑO, Carlos. *Terceiro setor e questão social*. São Paulo: Cortez, 2002, p. 11.

⁹² LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização econômica política e direito: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 355.

⁹³ MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia* (tradução de Peter Naumann). São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 47.

desenrolam os rituais da nossa vida política". Para ele, "é mister, antes de mais nada, atacar as fontes do poder oligárquico, as quais se encontram na própria estrutura das relações econômicas e sociais, notadamente as restrições práticas à instrução popular e o monopólio dos meios de comunicação de massa em mãos da minoria dominante". Conclui "que a minoria, detentora do poder de controle social, pode se utilizar periodicamente do voto majoritário popular, para legitimar todas as exclusões sociais, em nome da democracia".⁹⁴

Salientamos ainda que diz-se muito que o Estado social está em crise por causa do alto custo da manutenção do bem-estar da população (população esta que cada vez cresce mais). Se a questão fiscal é a principal justificativa para a atuação apenas subsidiária do Estado nas questões sociais, qual é a justificativa em passar essas atribuições, como regra, para a iniciativa privada, se de qualquer forma para grande parte da população serviços como educação e saúde deverão ser disponibilizados gratuitamente? Ou seja, o Estado deverá arcar com os custos de qualquer forma, mas a execução dos serviços será providenciada por entidades privadas com ou sem fins lucrativos, com o intuito de fuga do regime jurídico administrativo.

Entretanto, se o maior questionamento ao Estado do bem-estar é a própria crise do capitalismo, não serão por reformas do aparelho estatal que o levem ao neoliberalismo que a questão dos excluídos da sociedade será resolvida, mas apenas uma revolução para substituição do sistema vigente. Revolução sempre levando-se em conta, é claro, a guerra de movimento nos países orientais e a guerra de posição nos países ocidentais, segundo GRAMSCI, como adiante trataremos. De qualquer forma, se por enquanto o capitalismo é uma realidade, devemos manter alguns ideais de intervenção do Estado para que determinados direitos conquistados sejam assegurado aos cidadãos.

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO entende que contratos de gestão, organizações sociais e OSCIPs, melhor analisados adiante, "são expressões de um movimento impulsionado pelo neoliberalismo" que pretende "a submersão do Estado Social do Direito".⁹⁵ Aproveitando a citação do autor, entendemos ser importante expor sua análise sobre a democracia e o neoliberalismo.

⁹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *Prefácio* da obra MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia* (tradução de Peter Naumann). São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 22, 24, 27.

⁹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Obra citada, 2005, p. 209.

1.1.3.1. A democracia e o neoliberalismo, por Celso Antônio Bandeira de Mello.

"O que vale é ter liberdade para consumir. Esta é a verdadeira funcionalidade da democracia".⁹⁶
Sérgio Bianchi

É preciso distinguir os Estados formalmente democráticos dos Estados substancialmente democráticos, além dos Estados em transição para a democracia, segundo Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO.⁹⁷ Os Estados formalmente democráticos são aqueles que embora acolham nominalmente em suas Constituições modelos institucionais, de países política, econômica e socialmente mais evoluídos, neles não aportam. Para o autor a democracia seria “de fachada”, mesmo que seus governantes sejam investidos em decorrência de eleições; tenham os três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário); acolham, em tese, os princípios da legalidade e da independência dos órgãos jurisdicionais. São Estados onde a população, sem cultura política, é dirigida pelas classes sociais dominantes, que manipulam a comunidade, sendo que a democracia não foi um “resultado de aspirações que hajam genuinamente germinado, crescido e tempestivamente desabrochado no seio da Sociedade”. Aduz o autor, ainda:

Uma vez reconhecido que nos Estados apenas formalmente democráticos o jogo espontâneo das forças sociais e econômicas não produziu, nem produz por si mesmo – ou ao menos não o faz em prazo aceitável – as transformações indispensáveis a uma real vivência democrática, resulta claro que, para eles, os **ventos neoliberais, soprados de países cujos estágios de desenvolvimento são muito superiores, não oferecem as soluções acaso prestantes nestes últimos**. Valem, certamente, como advertência contra excessos de intervencionismo estatal ou contra a tentativa infrutífera de fazer o Estado um eficiente protagonista estelar do universo econômico. Sem embargo, **nos países que ainda não alcançaram o estágio político cultural requerido para uma prática real da democracia, o Estado tem de ser muito mais que um árbitro de conflitos de interesses individuais**. (Grifo nosso.)

O autor entende que atribuir ao Executivo poderes para disciplinar relações entre Administração e administrados é, nos países de democracia ainda imatura, comportamento que em nada concorreria para formação de uma consciência valorizadora da responsabilidade social de cada qual (cidadania) ou para encarecer

⁹⁶ QUANTO VALE OU É POR QUILO?. Obra citada.

⁹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *A democracia e suas dificuldades contemporâneas*. In: Revista de Direito Administrativo nº 212, abr./jun./98, p. 57-70.

a importância de instituições impersonalizadas como instrumento de progresso e bem-estar de todos. Mesmo com a tendência mundial de transferir poderes ao Executivo (como na França), por meio de, segundo o autor “acrobáticas interpretações dos textos constitucionais”, nos Estados sem uma democracia sólida isso não seria compatível.⁹⁸

O autor assevera que estamos em direção a um “despotismo esclarecido” e que “os subdesenvolvidos têm sido e são, naturalmente, meros piões no tabuleiro de xadrez da economia e, pois, da política internacional; logo, por definição, sacrificáveis para o cumprimento dos objetivos maiores dos que movem as peças”. Ainda aduz:

Talvez se possa concluir, apenas, que as condições evolutivas para aceder aos valores substancialmente democráticos, como igualdade real e não apenas formal, segurança social, respeito à dignidade humana, valorização do trabalho, justiça social (todos consagrados na bem concebida e maltratada Constituição Brasileira de 1998), ficarão cada vez mais distantes na medida em que os Governos dos países subdesenvolvidos e dos eufemicamente em vias de desenvolvimento – em troca do prato de lentilhas constituído pelos aplausos dos países cêntricos – **se entreguem incondicionalmente à sedução do canto de sireia proclamador das excelências de um desenfreado neoliberalismo e de pretensas imposições de uma idolatrada economia global.** Embevecidos narcisisticamente com a própria ‘modernidade’, surdos ao clamor de uma população de miseráveis e desempregados, caso do Brasil de hoje, não têm ouvidos senão para este cântico monocórdio, monolítica e incontrastavelmente entoado pelos interessados. (Grifo nosso.)

Finaliza dizendo que os idealistas das barbaridades que estão acontecendo no Brasil e no mundo usam nomenclaturas novas encobridoras de experiências velhas, destinadas a consagrar um simples movimento de retorno ao século XIX, antes do Estado social de Direito, com proposições de eliminar conquistas trabalhistas e direitos sociais adquiridos no século XX, por causa de textos como o

⁹⁸ Sobre a crise dos instrumentos clássicos da democracia, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO diz o seguinte: “Em suma: como decorrência do progresso tecnológico engendrou-se um novo mundo, um novo sistema de vida e de organização social, consentâneos com esta realidade superveniente. Daí que o Estado, em consequência disto, teve que disciplinar os comportamentos individuais e sociais muito mais minuciosa e extensamente do que jamais o fizera, passando a imiscuir-se nos mais variados aspectos da vida individual e social. Este agigantamento estatal manifestou-se sobretudo como um agigantamento da Administração, tornada onipresente e beneficiária de uma concentração de poder decisório que desbalanceou, em seu proveito, os termos do anterior relacionamento entre Legislativo e Executivo. Com efeito, este último, por força de sua estrutura monolítica (chefia unipessoal e organização hierarquizada), é muito mais adaptado para responder com presteza às necessidades diuturnas de governo de uma sociedade que vive em ritmo veloz e cuja eficiência máxima depende disto. Ademais, instrumentado por uma legião de técnicos, dispõe dos meios hábeis para enfrentar questões complexas cada vez mais vinculadas a análises desta natureza e que, além disto, precisam ser formuladas com atenção a aspectos particularizados ante a diversidade dos problemas concretos ou de suas implicações polifacéticas, cujas soluções dependem de análises técnicas – e não apenas políticas”.

Manifesto Comunista de 1848, de várias encíclicas papais com visões críticas e renovadoras, da Revolução Comunista na Rússia de 1917, e às Constituições do México de 1917 e Alemã de Weimar de 1919.

Como fecho aos ideais de democracia de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, citamos Carlos MONTAÑO, que entende que “o grande capital não se opõe a certo nível de democracia formal, mas ao desenvolvimento ampliado do processo democrático”.⁹⁹

1.1.4. O Princípio da Subsidiariedade e o Estado Social

A proliferação das entidades do “terceiro setor” “deve-se ao redescobrimento do princípio da subsidiariedade e à crise do Estado enquanto um prestador eficiente de serviços públicos”.¹⁰⁰ Nessa realidade, o princípio da subsidiariedade, muito citado e tão pouco estudado quando o tema “terceiro setor” é tratado, merece análise.

Sobre este princípio, José Alfredo de Oliveira BARACHO, ao analisar algumas significações e aplicações dos termos “subsidiário”, “subsidiariamente” e “subsidiariedade”, diz que esses provêm do termo latino “*subsidium*”, derivado de “*subsidiarius*”, e que há duas formas de compreensão, uma seria no sentido de “secundária”, e a outra, de “supletividade”, sendo que esta absorve dois significados: complementariedade e complementariedade (este último utilizado pelo Direito). O autor alerta que “o princípio da subsidiariedade vincula-se diretamente à organização da sociedade”, pode ser aplicável nas relações entre órgãos centrais e locais, ocorrendo uma descentralização, e que aceitar o princípio é admitir que as autoridades locais dispõem de certos poderes, sem propor a retirada de todos os poderes da autoridade central. Conclui que o princípio propõe que “todas as competências que não são imperativamente detidas pelo Estado devem ser transferidas às coletividades”, ampliando a liberdade e os poderes das coletividades (os que elas têm capacidade de exercer), sem sacrifício do que é essencial nas

⁹⁹ MONTAÑO, Carlos. Obra citada, p. 73. Ver ainda VIOLIN, Tarso Cabral. *As agências reguladoras no direito brasileiro: aspectos gerais, suas licitações e respectivas contratações, e o regime jurídico dos servidores*. Monografia de especialização em Direito Administrativo. IBEJ, 2001.

¹⁰⁰ ROCHA, Sílvia Luís Ferreira da. Obra citada, p. 13. Juarez FREITAS chama o princípio da subsidiariedade de “princípio da intervenção essencial do Estado”. FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 89.

funções do Estado, cogitando-se um equilíbrio entre o poder central e o poder local.¹⁰¹

Antes de ser reconhecido pelo Direito Administrativo, esse princípio remonta as práticas da Confederação Helvética¹⁰², e divulgado e estimulado pela Igreja Católica, por meio do Direito Canônico, sendo citado em várias encíclicas. A Encíclica *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII, de 1891, defendeu uma atuação positiva intervencionista do Estado, principalmente na questão social, alertando para a desumanidade na utilização do homem como instrumento do lucro, deixando implícito o princípio da subsidiariedade. Após 40 anos, o Papa Pio XI, em 1931, divulgou a Encíclica *Quadragesimo Anno*, que defendia a atuação do Estado na economia e que os donos do poder econômico não fizessem dos homens serventes de seus próprios interesses, citava explicitamente o princípio, em seus parágrafos 79 e 80:

79. Verdade é, e a história o demonstra abundantemente, que, devido à mudança de condições, só as grandes sociedades podem hoje levar a efeito o que antes podiam até mesmo as pequenas; permanece, contudo, imutável aquele solene princípio da filosofia social: assim como **é injusto subtrair aos indivíduos o que eles podem efetuar com a própria iniciativa e capacidade, para o confiar à coletividade**, do mesmo modo passar para uma **sociedade maior e mais elevada o que sociedades menores e inferiores podiam conseguir**, é uma injustiça, um grave dano e perturbação da boa ordem social. O fim natural da sociedade e da sua ação é **subsidiar** [coadjuvar] os seus membros, não destruí-los nem absorvê-los.

80. Deixe, pois, a autoridade pública ao cuidado de **associações inferiores** aqueles negócios de menor importância, que a absorveriam demasiadamente; poderá então desempenhar mais livre, enérgica e eficazmente o que só a ela compete, porque só ela o pode fazer: dirigir, vigiar, urgir e reprimir, conforme os casos e a necessidade requeiram. Persuadam-se todos os que governam: quanto mais perfeita ordem hierárquica reinar entre as várias agremiações, segundo este princípio da função supletiva [**princípio da subsidiariedade**] dos poderes públicos, tanto maior influência e autoridade terão estes, tanto mais feliz e lisonjeiro será o estado da nação. (Grifo nosso.)

A Encíclica *Mater et Magistra* de 1961, do papa João XXIII, e a Encíclica *Centesimo Anno* de 1991, outorgada pelo Papa João Paulo II, reafirmam o princípio.¹⁰³

O princípio da subsidiariedade “encontra seu fundamento direto na natureza

¹⁰¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade – conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 23-42.

¹⁰² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, obra citada, p. 88.

¹⁰³ Segundo ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Obra citada, p. 14. Cármem Lúcia Antunes ROCHA, quando analisa o Estado Social, aborda a importância das encíclicas papais no processo de formação desse tipo de Estado e, além das já citadas, informa que a *Laborem Exercens* do Papa João Paulo II, de 1981, dá ênfase aos direitos sociais, ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos deveres da sociedade com cada um e a todos. ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. Obra citada.

humana, tendo, como referência, o valor ético e o direito de autodeterminação do indivíduo, cuja primazia, baseada no reconhecimento de sua dignidade, se sobrepõe ao poder estatal, vinculando-o e impedindo-o de invadir esfera pertencente a sua soberania”, segundo Silvia Faber TORRES, que conclui que a sociedade política “não deve privar a pessoa da atividade que lhe cumpre realizar por si mesma, sob pena de anular sua existência”. A autora limita à **autoridade central** as atividades **diretivas, coordenadoras e supervisoras**, conferindo “o atendimento dos interesses públicos, tanto quanto for possível, às autoridades inferiores, condenando assim, a absorção de poderes pela autoridade central, que **aniquila**, afinal, a própria liberdade social”. Ela concorda que essas noções já adivinham do ideário liberal, mas que o princípio da subsidiariedade não aspira o retorno ao liberalismo oitocentista, porque pressupõe a intervenção “nos casos em que a iniciativa privada não conseguir produzir o bem comum”.¹⁰⁴

Luiz Francisco F. de SOUZA aduz que “No fundo, o princípio da subsidiariedade é o princípio da descentralização (ou da participação), que ensina que o poder deve nascer de baixo para cima, sob o controle da base, das pessoas e de suas consciências”.¹⁰⁵

J. J. Gomes CANOTILHO aduz que o princípio da subsidiariedade é aplicado nas relações Estados/União Européia e Estado/localidades, ensinando que “as comunidades ou esquemas organizatório-políticos superiores só deverão assumir as funções que as comunidades mais pequenas não podem cumprir da mesma forma ou de forma mais eficiente”. Articula-o com o princípio da descentralização democrática e ao princípio da desburocratização.¹⁰⁶

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO aduz que o princípio da subsidiariedade prega o respeito aos direitos individuais, onde há primazia da iniciativa privada sobre a estatal, com uma limitação à atuação estatal: “o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos”. Segundo o princípio, o Estado deve fomentar, coordenar, fiscalizar a iniciativa privada, assegurando aos particulares o sucesso na condução de seus empreendimentos, sempre que possível, com uma parceria entre o público

¹⁰⁴ TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

¹⁰⁵ SOUZA, Luiz Francisco F. de. *Socialismo: uma utopia cristã*. São Paulo: Casa Amarela, 2003, p. 102.

¹⁰⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 340, apud SOUZA, Luiz Francisco F. de. Obra citada, p. 101-102.

e o privado, subsidiando a iniciativa privada quando for deficiente. A autora informa que o governo brasileiro pretende substituir o Estado do bem-estar pelo Estado subsidiário, esclarecendo que este não se confunde com o Estado mínimo.¹⁰⁷

DI PIETRO ainda aponta as várias tendências da aplicação do princípio da subsidiariedade, como: (a) a diminuição do tamanho do Estado, via privatização, a partir da década de 80; com o regime de direito público apenas nos serviços públicos típicos do Estado, e gestão privada quando a rigidez do regime publicístico for desnecessária; (b) o interesse público que deixou de ser prerrogativa exclusiva do Estado; (c) a ampliação da política de fomento via parcerias, com incentivo à iniciativa privada de interesse público, com o princípio regendo as atividades sociais e econômicas; (d) desregulamentação, que é uma forma de regulação que substitui a regulação anterior, com o restabelecimento da liberdade para o exercício da indústria, do comércio, das profissões liberais, limitadas por excesso de regulação; e (e) busca pelo interesse público primário (dos cidadãos) e não secundário (da Administração Pública).¹⁰⁸

Sílvio Luís Ferreira da ROCHA aduz que o princípio da subsidiariedade fundamenta uma nova concepção do Estado, cujo fito é de resguardar a liberdade, a autonomia e a dignidade humana – Estado Subsidiário –, alternativo ao Estado Social.¹⁰⁹

Para Juan Carlos CASSAGNE o modelo de Estado subsidiário não implica a eliminação de certas funções que cumpria o Estado do Bem-Estar Social, e tampouco é o retorno à época "dourada e romântica" do Estado liberal do século XIX. Seria a síntese de ambos, um novo modelo de Estado onde a realidade predomina sobre a ideologia.¹¹⁰

A construção teórica **neoliberal** do princípio da subsidiariedade, para Emerson GABARDO, objetiva que o Estado devolva tarefas à sociedade, surgindo, assim, as organizações sociais e as OSCIPs. Sobre o princípio, o autor entende que “não parece contrária à concepção social de Estado a promoção da atividade colaboracional privada” e que o próprio princípio “não se afasta da idéia de Estado Social” e por certo esse “também se pauta pela subsidiariedade”, uma vez que

¹⁰⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, 2002, p. 27, 31, 192.

¹⁰⁸ Ibid., p. 26, 29-32.

¹⁰⁹ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Obra citada, p. 15.

¹¹⁰ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*, 4ª ed. Vol. I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 61.

“apenas não se fundamentam em tal princípio os Estados totalmente Mínimo e totalmente Planificado”. Assim, consoante o autor, uma atuação eficiente do Estado social ponderará o nível de sua abrangência, sendo uma afronta ao princípio democrático o desperdício de investimentos despiciendos, e “onde o indivíduo, a sociedade e o mercado atuam de forma suficiente e adequada **não estará presente o Estado Social**”. Conclui sobre o tema que os defensores do neoliberalismo têm uma visão muito otimista da realidade, ao não verificarem as falhas do indivíduo e do mercado no atendimento de necessidade coletivas; que o Estado Social pressupõe incapacidades no ambiente privado; e, por este motivo, torna-se diferenciada a configuração do **nível** de subsidiariedade, e não sua idéia central.¹¹¹

Como verificamos após a análise da doutrina supra, o princípio da subsidiariedade, quando aplicado no Direito Público, almeja que agrupamentos de ordem inferior exerçam funções que eles próprios podem desenvolver, ao invés da coletividade mais vasta e elevada, protegendo a autonomia da pessoa humana e limitando a intervenção de coletividades superiores (inclusive do Estado).

Este princípio é aplicável em várias situações: relação Estado/organizações privadas da sociedade/indivíduo; relação federação/estados/municípios; relação União Européia/Estados Nacionais europeus; relação Administração Pública direta/indireta.

O princípio em tela, quando defende que os indivíduos podem executar tarefas de seus interesses, diretamente, posiciona-se contrariamente ao Estado planificado, mas de forma alguma é um princípio a ser aplicado, obrigatoriamente, em dissonância ao Estado social democrático de Direito. O Estado pode ser social, prestador de serviços públicos e interventor em determinadas questões nas órbitas sociais e econômicas, mas ao mesmo tempo eficiente e realmente democrático¹¹², não permitindo que a sociedade fique refém do mercado.

Zygmunt BAUMAN aduz que o discurso neoliberal fica ainda mais forte à medida que prossegue a desregulamentação, enfraquecendo as instituições políticas que poderiam tomar posição contra a liberdade do capital e da movimentação financeira. Para ele os governos nacionais ficam com as mãos amarradas e as empresas multinacionais com as mãos desamarradas.¹¹³

¹¹¹ GABARDO, Emerson. Obra citada, 2003, p. 168-170.

¹¹² Uma radicalização da democracia, saindo da democracia formal e entrando na Democracia substancial, segundo BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Obra citada, 1998.

¹¹³ BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 36.

Pressupor, principalmente no Brasil e demais países periféricos ou semi-periféricos, não desenvolvidos, que possa existir um Estado apenas subsidiário, uma intervenção estatal somente quando a iniciativa privada não produzir o bem comum é "fechar os olhos" às desigualdades sociais existentes.

Concordando com o posicionamento de Emerson GABARDO, o princípio da subsidiariedade não se afasta da idéia de Estado social, uma vez que esse também se pauta na subsidiariedade. Aproveitando a posição do autor de que "onde o indivíduo, a sociedade e o mercado atuam de forma suficiente e adequada não estará presente o Estado Social", como em nosso país e demais países periféricos **o Estado social ainda não cumpriu seu papel**,¹¹⁴ não há de se defender o fim do Estado social prestador de serviços, principalmente dos serviços sociais.

Quanto às várias tendências de aplicação do princípio da subsidiariedade listadas por Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, entendemos que elas serão realizadas em maior ou menor monta, conforme a perspectiva de papel de Estado de cada governante ou aplicador do Direito.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO ensina que os serviços sociais estão fixados no tópico "Ordem Social" da Constituição da República de 1988: a educação, a saúde, a pesquisa, a cultura, a assistência, a previdência, o meio ambiente¹¹⁵ e, segundo ela, devem ser **regidos pelo princípio da subsidiariedade**. Defende métodos de gestão privada, pois o regime publicístico se torna desnecessário. Quando o Estado exercer subsidiariamente, deve procurar formas mais flexíveis de atuação, somente possíveis pela aplicação predominante de direito privado, derogado parcialmente pelo direito público apenas no que seja essencial para assegurar o cumprimento dos fins estatais. Propugna pelos contratos de gestão com as organizações sociais e termos de parceria com as OSCIPs e gestão associada por convênios e consórcios (art. 241 da Constituição da República).¹¹⁶

¹¹⁴ Boaventura de Souza SANTOS diz que os países periféricos "assumem a ideia da crise do Estado-Providência sem nunca terem usufruído verdadeiramente deste". SANTOS, Boaventura de Souza. Obra citada, 2000, p. 155.

¹¹⁵ Lembremos ainda o desporto, ciência e tecnologia, comunicação social, serviço social, proteção à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, aos índios. Os dispositivos constitucionais são os seguintes: art. 194, parágrafo único, inc. VII, art. 197, art. 199, § 1º, art. 204, incs. I e II, 205, art. 206, incs. III e VI, art. 209, art. 213, incs. I e II, art. 215, art. 216, § 1º, art. 217, art. 218.

¹¹⁶ DI PIETRO ainda entende que na atividade econômica, a mesma Constituição está menos clara. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, 2002, p. 37. Marçal JUSTEN FILHO, quando analisa a atividade econômica, entende que o princípio da subsidiariedade (que manifesta o princípio da proporcionalidade) impõe o dever de intervenção **supletiva** do Estado no domínio econômico, pois a atuação direta do Estado não é justificável mediante a mera invocação de algum interesse público relevante, e somente se legitimará a intervenção estatal se outra alternativa não for mais satisfatória. JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, 2005, p. 559.

Cármen Lúcia Antunes ROCHA, ao comentar dispositivos da Constituição da República de 1988 como os art. 144 (segurança pública), art. 205 (educação), art. 225 (meio ambiente) e art. 227 (prioridade absoluta às crianças e aos adolescentes), diz que “todos os direitos sociais revelam-se relacionados com a convivência com os outros numa sociedade. Por isso a própria sociedade, juntamente com o Estado, responde por esses direitos na formulação normativa da Lei Fundamental brasileira em vigor”.¹¹⁷ Entendemos que a autora, com essa posição, demonstra a importância da sociedade civil organizada na questão dos direitos sociais, mas ainda considera o Estado como importante instrumento nessa política, **não com uma atuação apenas periférica.**

Enfim, não percebemos que a Constituição Federal de 1988 tenha o ideário de transformar o Estado em subsidiário na ordem social, ao contrário do que argumentam alguns autores,¹¹⁸ uma vez que a Carta Magna utiliza expressões como **participação** da comunidade, participação **complementar** de instituições privadas e **colaboração** da sociedade nos serviços públicos sociais (Ordem Social, art. 194 e seguintes da Constituição Federal), deixando claro o caráter do Estado como principal responsável nessa demanda, sempre, é claro de forma democrática.

Assim, entendemos que o princípio da subsidiariedade não é, necessariamente, algo desconexo do Estado social, Estado esse que deve, ainda, ser responsável pela execução direta dos serviços sociais, principalmente nos países periféricos e semi-periféricos não desenvolvidos, podendo atuar em conjunto com a sociedade civil mas sem, em momento algum, se eximir de suas responsabilidades.¹¹⁹

De qualquer forma, a tendência atual é a aplicação de ideais neoliberais no Estado, com o propósito de que cada vez mais ele custeie as entidades do “terceiro setor” para que essas responsabilizem-se pelas políticas sociais, via a função de fomento, via as parcerias adiante analisadas.¹²⁰ De qualquer forma, quando o

¹¹⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Obra citada.

¹¹⁸ Entre eles, TORRES, Silvia Faber. Obra citada, p. 148.

¹¹⁹ Em sentido contrário, Paulo MODESTO entende que o Estado não prover diretamente o serviço não quer dizer tornar-se irresponsável. MODESTO, Paulo. *Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil*. In: Revista Diálogo Jurídico, Salvador, Centro de Atualização Jurídica, V. I, nº 5, agosto, 2001. Disponível em <www.direitopublico.com.br>. Acesso em 20 de dezembro de 2005, p. 05.

¹²⁰ Francisco de Assis ALVES entende que o Estado “parceiro” da sociedade, com um “terceiro setor” prestador de serviços é um “Estado social-liberal”. ALVES, Francisco de Assis. Obra citada, 2000, p. 153. Fernando Borges MÂNICA defende que o novo modelo de Estado e do “terceiro setor” não é mero absenteísmo estatal, não significa regresso ao Estado liberal, mas uma síntese entre tal modelo e o Estado Social. MÂNICA, Fernando Borges. Obra citada, p. 55.

Estado fomentar a iniciativa privada, sendo aplicado o princípio da subsidiariedade, este deve agir “dentro de rigorosos limites de razoabilidade e excepcionalidade, sob pena de essa ação tornar-se um privilégio injustificado em favor de alguns grupos sociais e, de outro lado, manter a sociedade sob a dependência constante do Poder Público”.¹²¹

Antes de iniciarmos a tratativa sobre o "terceiro setor", explanaremos sobre a Administração Pública patrimonialista, burocrática e gerencial.

1.2. DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PATRIMONIALISTA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL E A BUROCRACIA

"Aquele que cuida dos negócios de Estado jamais deve pensar em si, mas sempre no príncipe, e nunca lembrar-lhe negócios que se encontram fora da esfera do Estado".¹²²

Maquiavel

"São as oligarquias. Elas se encontram, elas fazem novas alianças, elas combinam velhos esquemas. Esse pessoal 'deita e rola' e depois ainda ganha as eleições. Fica sempre nas mesmas mãos".¹²³

Sérgio Bianchi

1.2.1. Administração Pública Patrimonialista

Antes do surgimento da Administração Pública burocrática, o aparato estatal era **patrimonialista**, no qual o patrimônio público e privado eram confundidos, existindo o nepotismo, o empreguismo e a corrupção.¹²⁴ BRESSER PEREIRA conceitua patrimonialismo como característica nas sociedades pré-capitalistas e pré-democráticas, onde havia uma impermeabilidade entre os patrimônios públicos e os privados. Para o autor, patrimonialismo “significa a incapacidade ou a relutância de o príncipe distinguir entre o patrimônio público e seus bens privados”.¹²⁵

Sérgio Buarque de HOLANDA analisa a formação em Portugal de uma

¹²¹ ROCHA, Sílvia Luís Ferreira da. Obra citada, p. 17.

¹²² MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 136.

¹²³ QUANTO VALE OU É POR QUILO?. Obra citada.

¹²⁴ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Exposição no Senado sobre a Reforma da Administração Pública*. In: Caderno do MARE nº 03. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1998, p. 11.

¹²⁵ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo estado*. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos e SPINK, Peter Kevin (Orgs.). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*, 3ª edição. Rio de Janeiro: FGV, 1999, p. 26.

burguesia mercantil, que se transforma em uma burocracia patrimonialista: “a sociedade civil e a política são consideradas uma espécie de prolongamento ou ampliação da comunidade doméstica”, quando pela primeira vez em nosso país os conceitos de “patrimonialismo” e “burocracia” são utilizados. HOLANDA ainda observa que os detentores das posições públicas de responsabilidades não **compreendiam a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público**, havia o funcionário patrimonial ao invés do burocrata definido por Max WEBER. HOLANDA ainda conclui que no Brasil somente excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos, sendo a regra, “ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenações impessoal”.¹²⁶

Raymundo FAORO analisa que no período patrimonialista “o Estado era a nobreza a serviço do rei” e sua organização política básica fechava-se sobre si próprio com o estamento, “de caráter marcadamente burocrático”, sendo utilizado o termo “burocrático” não em seu sentido moderno, mas da “apropriação do cargo – o cargo carregado de poder próprio, articulado com o príncipe”. O Estado passa a ser a “fonte de todos os milagres e pai de todas as desgraças” e a monarquia aristocrática acaba “acostumando o povo a servir, habituando-se à inércia de quem espera tudo de cima”.¹²⁷

No “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado” a Administração Pública patrimonialista é assim tratada:

No patrimonialismo, o aparelho do Estado funciona como uma extensão do poder do soberano, e os seus auxiliares, servidores, possuem *status* de nobreza real. Os cargos são considerados prebendas. A *res publica* não é diferenciada da *res principis*. Em consequência, a corrupção e o nepotismo são inerentes a esse tipo de administração. No momento em que o capitalismo e a democracia se tornam dominantes, o mercado e a sociedade civil passam a se distinguir do Estado. Neste momento histórico, a administração patrimonialista torna-se uma excrescência inaceitável.¹²⁸

Os ideais da Administração burocrática foram introduzidos no Brasil em

¹²⁶ BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. *Raízes do Brasil*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1987, apud BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Relendo Raízes do Brasil*. São Paulo, 2002. Site: www.bresserpereira.org.br. Acesso em 17.08.2005.

¹²⁷ FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*, v. 1, 10ª ed. São Paulo: Globo, 2000, p. 83-109.

¹²⁸ Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995, p. 20.

1936 como contraponto ao patrimonialismo.

1.2.2. Administração Pública Burocrática

O sociólogo alemão Max WEBER (1864-1920) é conhecido como o criador da “Sociologia da Burocracia”. Sua obra mais famosa “A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo”, editada em 1904, mesmo sendo a mais famosa, não será analisada no presente trabalho. Nosso objeto é o escrito “Parlamento e Governo na Alemanha reordenada: Crítica política da burocracia e da natureza dos partidos”, de 1917 e “Economia e Sociedade”, editado após sua morte, em 1922, obras que trazem importantes contribuições sobre a burocracia do Estado moderno, já que o termo existe desde a Antigüidade.

Como foi este autor que melhor analisou a dominação racional-legal implementada pela Administração Pública burocrática, no presente trabalho pretendemos analisar, basicamente, esta burocracia moderna, sem deixarmos de expor sobre o patrimonialismo e o gerencialismo.

O termo “burocracia” analisado neste estudo não é o mesmo utilizado popularmente, de forma ingênua (ou não), como sendo um amontoado de processos empoeirados, carimbos, apego por parte dos servidores a regulamentos desarrazoados, filas; quando a mídia ou os cidadãos dão o nome de “burocracia” à falha no sistema e não ao próprio sistema. Saliente-se ainda que trataremos da burocracia da Administração Pública, e não de outras burocracias, como a burocracia eclesiástica, a das empresas, dos partidos, etc.

Catherine COLLIOT-THÉLÈNE diz que são dois os pilares do Estado moderno: o direito racional, impessoal e previsível; e a **burocracia** de funcionários especializados.¹²⁹ Katie ARGÜELO complementa o pensamento da autora francesa ao dizer que estes também são os pilares do desenvolvimento do próprio capitalismo.¹³⁰

Max WEBER, em “A política como vocação”¹³¹, de 1918, entende que o Estado “não se deixa definir por seus fins”, pois “quase não existe uma tarefa de

¹²⁹ COLLIOT-THÉLÈNE, Catherine. *Max Weber e a história*. São Paulo: Brasiliense, 1995, p. 47, 118, 119.

¹³⁰ ARGÜELO, Katie. *O Ícaro da modernidade: direito e política em Max Weber*. São Paulo: Acadêmica, 1997, p. 82 a 88.

¹³¹ WEBER, Max. *A política como vocação*. In: *Ciência e política, duas vocações*. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 59-124.

que um agrupamento político qualquer não haja ocupado alguma vez". Salienta o autor que o que é peculiar em todo o agrupamento político é "o uso da coação física", da violência, que não é o seu único instrumento, mas é o seu instrumento específico.

Idalberto CHIAVENATO¹³² aduz que a origem da burocracia se deu na Antigüidade, mas da forma como é conhecida hoje surge com o Renascimento. Para ele, Max WEBER analisa que o sistema moderno de produção, eminentemente racional e capitalista, não se originou das mudanças tecnológicas, nem das relações de propriedade, como afirmava Karl MARX, mas de um novo conjunto de normas morais, às quais denominou "ética protestante".

Julien FREUND também informa que o "fenômeno burocrático é mais antigo [do que a burocracia moderna], uma vez que o encontramos já no Egito antigo, na época do principado romano, particularmente desde o reinado de Dioclesiano; na Igreja romana desde o século XIII, na China desde a época de Shi-Hoang-Ti".¹³³

Norberto BOBBIO informa que o termo "burocracia" foi empregado pela primeira vez no século XVIII, por Vincent de GOURNAY, e designava "o poder do corpo de funcionários e empregados da administração estatal, incumbido de funções especializadas sob a monarquia absoluta e dependente do soberano", ou seja, tinha "forte conotação negativa". Também negativa a concepção marxista de burocracia, principalmente dos seguidores de MARX, sobre a organização burocrática do partido.¹³⁴ No decorrer do século XIX, se forma outra concepção de burocracia, que emprega um sentido técnico e não polêmico, que são estudos jurídicos e administrativos.¹³⁵

A Administração burocrática foi introduzida na Europa no final da século XIX¹³⁶ e nos EUA no começo do século XX. No Brasil, tentou-se implementá-la a partir de 1936, com a reforma administrativa executada por Maurício NABUCO e

¹³² CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à teoria geral da administração*, 3ª edição. São Paulo: McGraw-Hill, 1983, p. 276-318.

¹³³ FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 171.

¹³⁴ Rosa Luxemburgo e Trotski - que criticou o aparato do partido comunista bolchevique, afirmando que ele ameaçava transformar-se num estrato privilegiado dentro da sociedade socialista.

¹³⁵ BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. Obra citada, p. 124-130. Colaboração de Pier Paolo Girglioli.

¹³⁶ Warren G. BENNIS aduz que "burocracia é uma criação social, aperfeiçoada na Revolução Industrial, para organizar e dirigir as atividades da empresa. O modelo burocrático de Max Weber desenvolveu-se como uma reação contra a dominação pessoal, o nepotismo, a crueldade, as vicissitudes emocionais e o julgamento subjetivo que passaram para as práticas administrativas nos primeiros tempos da Revolução Industrial". Apud GARCIA, Maria. Prefácio de BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. XXV.

Luís Simões LOPES, no Governo Getúlio VARGAS. Neste ano foi criado o Conselho Federal do Serviço Público Civil, substituído em 1938 pelo Departamento Administrativo do Serviço Público - DASP.¹³⁷

Entretanto, alerta Emerson GABARDO que “as raízes da burocracia brasileira, contrariamente ao modelo legal-burocrático de administração pública, estruturaram-se no bojo de um Estado formalmente público, mas materialmente privado”.¹³⁸

Segundo WEBER o Estado "reivindica o monopólio do uso legítimo da violência física" e a política é o conjunto de esforços feitos visando o poder.¹³⁹ Existiriam três razões que justificam a dominação, ou seja, os seus fundamentos de legitimidade. São os poderes:

a) **Tradicional:** autoridade do "passado eterno", dos costumes santificados pela validez imemorial e pelo hábito, como por exemplo o poder que o patriarca ou o senhor de terras exercia antigamente.¹⁴⁰

b) **Carismático:** autoridade que se baseia em dons pessoais e extraordinários de um indivíduo, a devoção e confiança estritamente pessoais depositadas em alguém que se diferencia por qualidades prodigiosas, por heroísmo ou por outras qualidades exemplares que fazem dele um chefe.¹⁴¹

c) **Racional-Legal:** autoridade que se impõe pela legalidade, fincada na obediência, estruturada em regras racionalmente estabelecidas e no reconhecimento de obrigações concernentes ao estatuto estabelecido. Para

¹³⁷ Segundo Belmiro Valverde Jobim CASTOR o DASP foi inspirado no modelo anglo-saxão de Serviço Civil, nas idéias de Henri Fayol e modelo taylorista. CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. *O Brasil não é para amadores: Estado, Governo e Burocracia na terra do jeitinho*, 2ª ed. Curitiba: Travessa dos Editores, 2004, p. 155. O DASP foi extinto em 1986, substituído pela Secretaria de Administração Pública da Presidência da República - SEDAP, extinta em 1989, incorporada à Secretaria do Planejamento da Presidência da República. Em 1990 foi criada a Secretaria da Administração Federal da Presidência da República - SAF, que em 1992 foi incorporada ao Ministério do Trabalho, e em 1995 foi transformada no Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado - MARE.

¹³⁸ GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 34.

¹³⁹ WEBER, Max. Obra citada, p. 60.

¹⁴⁰ Para CHIAVENATO, este tipo de sociedade tem como características o patriarcal, o patrimonialismo, o conservantismo, e dá como exemplos o clã, a tribo, a família, a sociedade medieval. Este tipo de autoridade não é racional, e o poder é herdado ou delegado, e baseado no senhor. A legitimação se dá pela tradição, pelos hábitos, usos e costumes, e o aparato administrativo tem forma patrimonial e forma feudal. CHIAVENATO, Idalberto. Obra citada, p. 281.

¹⁴¹ CHIAVENATO diz que o tipo de sociedade carismática é personalista, mística, arbitrária e revolucionária, e exemplifica que HITLER, KENNEDY, Jânio QUADROS, Getúlio VARGAS, a Rússia de 1917 e Alemanha Nazista eram autoridades ou sociedades carismáticas. A autoridade carismática não é racional, nem herdada, nem delegada, pois baseada no carisma. Legitima-se por características pessoais carismáticas do líder, e o aparato administrativo é inconstante e instável, escolhido conforme lealdade e devoção ao líder e não por qualificações técnicas. Ibid., p. 280, 281.

WEBER, o tipo mais puro de dominação legal é aquele que se exerce por meio de seu quadro administrativo burocrático¹⁴², e foi o autor, segundo Emerson GABARDO, “quem mais perfeitamente descreveu a dominação legal realizada através do quadro burocrático”.¹⁴³ Ou seja “o aparato administrativo que corresponde à dominação legal é a burocracia”.¹⁴⁴

Note-se que cada tipo de poder ou de autoridade corresponde a um tipo de sociedade, (a) tradicional, (b) carismática e (c) legal, racional ou burocrática.

CHIAVENATO alerta que o conceito popular de burocracia é de uma organização onde o papelório se multiplica e se avoluma, impedindo soluções rápidas ou eficientes, e também no sentido de apego dos funcionários aos regulamentos e rotinas, causando ineficiência: “o leigo passou a dar o nome de burocracia aos defeitos do sistema (disfunções) e não ao sistema em si mesmo”. Mas para Max WEBER o conceito de burocracia é justamente o contrário, pois a burocracia seria a organização eficiente por excelência.¹⁴⁵ Emerson GABARDO aduz que “exaltar a eficiência do modelo burocrático não significa defender um formalismo irresponsável”.¹⁴⁶

Gabriel COHN, na introdução da obra “Parlamento e Governo na Alemanha reordenada: Crítica política da burocracia e da natureza dos partidos”, diz que este livro aborda como problema central a dificuldade na formação de novas lideranças políticas numa organização de poder marcada pelas seqüelas do comando centralizado de BISMARCK, com a proeminência da burocracia na condução dos negócios públicos. Segundo COHN, para WEBER, a burocracia é a forma moderna por excelência, e a mais eficaz de todas, de se alcançarem objetivos pré-fixados mediante a organização de tarefas coletivas. O burocrata, eficiente, discreto, frio, conhece os segredos da gestão dos negócios rotineiros e sabe escondê-los quando lhe convêm. O aparato é imprescindível para a ação política em sociedades complexas e de grande escala, e a questão não é eliminá-la, mas impedir que ela ganhe proeminência no jogo político, ou seja, **assegurar o controle político da burocracia**, e não o inverso.¹⁴⁷

¹⁴² WEBER, Max. *Economia e sociedade*, 4ª ed. Brasília: UnB, 2000, p. 142-147.

¹⁴³ GABARDO, Emerson. Obra citada, 2002, p. 32.

¹⁴⁴ CHIAVENATO, Idalberto. Obra citada, p. 281.

¹⁴⁵ Ibid., p. 282.

¹⁴⁶ GABARDO, Emerson. Obra citada, 2002, p. 39.

¹⁴⁷ COHN, Gabriel. *Introdução da obra WEBER, Max. Parlamento e governo na Alemanha reordenada: Crítica política da burocracia e da natureza dos partidos*. Petrópolis: Vozes, 1993.

Nesta mesma obra "Parlamento e Governo na Alemanha reordenada", WEBER informa que BISMARCK legou à Alemanha de 1917 uma nação sem qualquer formação política. Expõe, ainda, que no Estado moderno, o verdadeiro poder, não se faz perceber nos parlamentares ou monarcas, mas sim "nas mãos do funcionalismo". Para o autor "o aperfeiçoamento do funcionalismo burocrático é medido pela sua estrutura de carreira, seu provento, sua aposentadoria e pensão, sua promoção, seu treinamento especializado, pela divisão funcional do trabalho, pela atribuição de responsabilidades, seu controle documental e sua estrutura hierárquica", tanto numa monarquia quanto na democracia, nos Estados de massas. Entretanto, isso não ocorria nos chamados "pequenos cantões" com administração de revezamento, como no caso da Suíça.

Consoante Max WEBER o Estado moderno é uma empresa da mesma forma que uma fábrica, pois a relação de poder interna é a mesma. Tanto os trabalhadores quanto os servidores não são donos das ferramentas, suprimentos, recursos financeiros e armas, existindo uma dependência aos empresários ou aos políticos no poder. Ou seja, há a separação entre os funcionários e os meios de gestão. Em países onde não existia um corpo burocrático (por exemplo nos Estados Unidos do início do século XX), o que de um lado evitava a formação de uma casta de burocratas, de outro fazia com que os dirigentes nomeassem um enorme número de funcionários, transferindo os funcionários dos partidos e propagandistas para a máquina do Estado.¹⁴⁸

Na obra "Conferência sobre socialismo", WEBER informa que antes dos Estados Unidos começarem a implementar uma burocracia "era freqüente a opinião de que o cargo devia ser transferido por rodízio de um para outro, para que todos pudessem beneficiar-se do orçamento".¹⁴⁹ A necessidade de substituição de funcionários protegidos por servidores de carreira devidamente formados faz aparecer a burocracia do tipo europeu.

A Alemanha, desde a queda de BISMARCK, era governada por funcionários (que deveriam permanecer acima dos partidos), porque este líder afastava de si as cabeças políticas, conservando a burocracia mas íntegra, melhor formada, responsável e inteligente do mundo. O autor diz que nem o monarca, com um

¹⁴⁸ Até hoje isso ocorre no aparato estatal, com o número exorbitante de cargos em comissão, empregados terceirizados, estagiários exercendo funções de servidores e uma quantidade reduzida de servidores efetivos, com uma clara fuga do princípio constitucional do concurso público.

¹⁴⁹ WEBER, Max. *Conferência sobre socialismo* In: FRIEDMAN, Luis Carlos (org.) Socialismo - Émile Durkheim, Max Weber. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993, p. 85-128 (p. 93).

parlamento fraco, controla a burocracia: "o monarca pensa que governa, quando, na realidade, a burocracia se delicia com o privilégio de poder agir à sua sombra acima de qualquer controle e sem nenhuma responsabilidade."

Sobre o parlamento, Max WEBER critica a sua participação negativa ao apenas negar verbas à Administração, recusa de projetos de lei, acatamento exagerado das reclamações da população em relação à Administração. Não terá, assim acesso ao mínimo necessário de informações, devendo ter uma atuação positiva.

Sem vivência no embate parlamentar e na vida partidária, no burocrata não desabrocham qualidades políticas dirigentes. Assim, a burocracia fracassa totalmente quando tenta resolver problemas políticos, não sendo sua tarefa entrar no embate político em defesa de suas idéias. Deve ser suprapartidário, conseguir superar suas próprias tendências e opiniões, para realizar suas tarefas, mesmo quando contrárias às suas próprias convicções.

Os políticos devem ser a força capaz de enquadrar o funcionalismo: "formação técnica especializada é pré-condição essencial para o conhecimento de meios técnicos necessários à conquista de metas políticas. Porém, estabelecer essas metas políticas não é um assunto técnico, e o funcionário de carreira, como tal, **não deve decidir sobre a política a ser seguida**". (Grifo nosso.) O poder dos burocratas está no saber, adquirido nas instituições de ensino, mas também nas informações exclusivas advindas do cargo.

É na obra "Economia e Sociedade"¹⁵⁰ de Max WEBER que fica explicitado como a dominação legal baseia-se. Nela, todo:

a) o direito, mediante pacto ou imposição, é estatuído de modo racional, racional referente a fins e/ou valores, respeitados por seus membros e pessoas que vivem dentro;¹⁵¹

b) o direito é um cosmos de regras abstratas;

c) o mandatário que ordena também obedece ordens impessoais.

São categorias da dominação racional:

a) exercício contínuo;

b) dentro de uma determinada competência (distribuição de serviços,

¹⁵⁰ WEBER, Max. *Economia e sociedade*, 4ª ed. Brasília: UnB, 2000, p. 142-147.

¹⁵¹ Segundo Héctor L. Saint-Pierre "os funcionários que tratam dos meios de execução agem racionalmente orientados a fins, ao passo que o vértice, que é quem se ocupa da determinação dos fins da administração, age orientado a valores". SAINT-PIERRE, Héctor L. *Max Weber: entre a paixão e a razão*. Campinas: Unicamp, 1999, p. 138.

atribuição de poderes e limitação fixa dos meios de coerção);

c) hierarquia;

d) aplicação de normas com necessária qualificação profissional;¹⁵²

e) separação absoluta entre o quadro administrativo e os meios de administração e produção. Os funcionários não tem posse dos meios de administração e produção;

f) o direito ao cargo do funcionário não serve para o fim de uma apropriação pelo funcionário, mas tem caráter puramente objetivo, independente;

g) princípio da documentação.

Os funcionários:

a) são livres;

b) nomeados e não eleitos;

c) competências funcionais fixas;

d) contrato (na burocracia moderna, pois na chamada burocracia patrimonial existia funcionários não livres);

e) qualificação profissional, verificada mediante prova e certificada por diploma;

f) remunerados com salário em dinheiro;

g) exercem seu cargos como profissão única ou principal;

h) carreira, com progressão por tempo de serviço e/ou eficiência;

i) separação dos meios administrativos sem a apropriação do cargo;

j) submetidos à disciplina e controle.

WEBER diz que a administração puramente burocrática considerada do ponto de vista formal é, segundo toda a experiência, a forma mais racional de exercício de dominação, porque nela se alcança tecnicamente o **máximo de rendimento em virtude de precisão, continuidade, disciplina, rigor e confiabilidade**, isto é, **calculabilidade**, tanto para o senhor quanto para os demais interessados.

Enfim, para o autor, a burocracia significa dominação através do conhecimento, e este é o seu caráter fundamental especificamente racional. Sobre burocracia, Katie ARGÜELO ensina o seguinte:

¹⁵² Sobre profissionalização da função pública, ver BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Profissionalização da função pública: a experiência brasileira*. In: Revista de Direito Administrativo nº 232. Rio de Janeiro: Renovar, abr/jun. 2003, p. 01-09.

A indispensabilidade da Administração burocrática na modernidade funda-se na sua racionalidade, cuja eficiência, quase mecânica, permite um **alto grau de previsibilidade**. O saber profissional especializado representa o caráter racional da burocracia, indispensável para o exercício da dominação. Independentemente do objetivo imediato, necessitamos, sempre, da burocratização, não importando o tipo de poder ou a forma de produção, seja **capitalista ou socialista**.¹⁵³ (Grifo nosso.)

Adriana da Costa Ricardo SCHIER ensina que é com a adoção do modelo burocrático que se consegue, fundamentalmente, garantir a previsibilidade das decisões administrativas e também a superioridade técnica em tais decisões.¹⁵⁴

Max WEBER, em sua obra "Conferência sobre socialismo", é claro ao dizer que também no socialismo "a economia moderna não pode ser guiada de outro modo".¹⁵⁵

Antonio GRAMSCI também analisa que "se é verdade que cada nova forma social teve necessidade de um novo tipo de funcionário, também é verdade que os novos grupos dirigentes jamais puderam prescindir, pelo menos durante certo tempo, da tradição e dos interesses constituídos, isto é, das formações de funcionários já existente e pré-constituídos quando do seu advento (especialmente nas esferas eclesiásticas e militar)". Conclui que a predominância do centralismo burocrático no Estado indica que o grupo dirigente está saturado, que tende a perpetuar seus mesquinhos privilégios, controlando e sufocando o surgimento de forças contrastantes, mas que ocorre em virtude de deficiência de iniciativa e de responsabilidade na base, o que ele chama de "primitivismo político das forças periféricas". O autor ainda preocupa-se quando na concepção burocrática "a unidade deixa de existir e se transforma como que num pântano de águas estagnadas, superficialmente calmo e 'mudo', e a federação num 'saco de batatas'. Isto é, na justaposição mecânica de 'unidades' individuais sem nexos entre elas".¹⁵⁶

Segundo ARGÜELO, para WEBER a democracia não era boa em si mesmo,

¹⁵³ ARGÜELO, Katie. Obra citada, 1997, p. 82 a 88.

¹⁵⁴ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Administração Pública: apontamentos sobre os modelos de gestão e tendências atuais*. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 25.

¹⁵⁵ WEBER, Max. *Conferência sobre socialismo* In: FRIEDMAN, Luis Carlos (org.) *Socialismo - Émile Durkheim, Max Weber*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993, p. 85-128 (p. 93).

¹⁵⁶ O autor exemplifica que "nos partidos que representam grupos socialmente subalternos, o elemento de estabilidade é necessário para assegurar a hegemonia não a grupos privilegiados, mas aos elementos progressistas, organicamente progressistas em relação a outras forças afins e aliadas, mas conciliadoras e oscilantes". GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, a Política e o Estado Moderno*, 6ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1988, p. 81-84 e GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*, vol. 3. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000, p. 89-92.

pois com ela a burocracia aumentava e a **manipulação das massas continuava**. Conforme a autora, o Estado moderno tem seus fins fora do âmbito da racionalidade puramente formal, e assim como o capitalismo, orienta-se em busca de um valor: **o lucro**, e por isso WEBER é **crítico em relação à crescente burocratização**. Seria, assim, redutivo considerar o contraste entre o carisma político e a burocracia como fim último da reflexão de WEBER sobre a burocratização. Sua análise no fenômeno burocrático é fruto de pesquisa histórica e da pesquisa empírica, sem reflexão filosófica sobre o destino do Estado, mas com questões políticas.¹⁵⁷

ARGÜELO, em "Repensando a Teoria do Estado", argumenta que:

Para Weber, foi caro o diagnóstico de um processo de burocratização como destino da humanidade numa sociedade em que a política é cada vez mais complexa, e que pode levar o indivíduo a alguma forma de **clientelismo**, ou a uma **indiferença** em relação aos acontecimentos da vida pública. Nesse contexto, para ele, **o carisma aparece como uma espécie de tábua de salvação**, e o líder carismático torna-se o **agente de mudanças**, de inovações. A sua defesa de uma seleção plebiscitária/cesarística de líderes fora interpretada como uma consciente e nebulosa opção por uma forma de **ditadura**.¹⁵⁸ (Grifo nosso.)

Aluizio Batista de AMORIN, baseado em WEBER, conclui que sendo inevitável a burocracia, que esta seja controlada, e "daí a incessante busca por parte de Weber para uma saída amplamente democrática e pluralista, colocando o parlamento como epicentro da possibilidade de superação da ditadura burocrática que tipifica, na sua forma mais pura, a dominação legal".¹⁵⁹

DI PIETRO alerta que no Estado Social de Direito "foi tão grande o acréscimo da máquina administrativa que houve quem falasse em 'burocratização do mundo'; a forma de organização burocrática, concebida como a mais adequada para assegurar a especialização (por meio da organização da carreira), a hierarquização (que permite atuação homogênea). A subordinação à lei e, como consequência, a impessoalidade, acabaram por produzir um desequilíbrio entre os Poderes, especialmente entre o Legislativo e o Executivo".¹⁶⁰

Após tratarmos do patrimonialismo e da burocracia, analisaremos o "braço" do ideário neoliberal na teoria da Administração Pública, que é o gerencialismo, ou seja, a Administração Pública gerencial.

¹⁵⁷ ARGÜELO, Katie. Obra citada, 1997, p. 82 a 88.

¹⁵⁸ ARGÜELO, Katie Silene Cáceres. *As aporias da democracia: uma (re)leitura possível a partir de Max Weber e Jürgen Habermas*, In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). *Repensando a teoria do estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 96.

¹⁵⁹ AMORIN, Aluizio Batista de. *Elementos de sociologia do direito em Max Weber*. Florianópolis: Insular, 2001, p. 130.

¹⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia. Obra citada, 2002, p. 24.

1.2.3. Administração Pública Gerencial

"E a direita faturando em cima da permanência da miséria."¹⁶¹

Sérgio Bianchi

O ideário do gerencialismo, como veremos adiante mais detidamente, prega em seu discurso a eficiência, o cidadão como "cliente", a flexibilização de princípios basilares da burocracia estudada por Max WEBER, principalmente o controle baseado no processo, com uma concentração nos resultados, o chamado controle *a posteriori*.

BRESSER PEREIRA informa que em 1938 foi criada a primeira autarquia, e essa descentralização seria “o primeiro sinal de administração pública gerencial”.¹⁶² Discordamos desta afirmação, uma vez que a descentralização e a criação de autarquias não podem ser consideradas como obrigatoriamente de ideário gerencial.

O Governo de Juscelino KUBITSCHEK criou comissões especiais, como a Comissão de Estudos e Projetos Administrativos, objetivando a realização de estudos para simplificação dos processos administrativos e reformas ministeriais, e a Comissão de Simplificação Burocrática, para a elaboração de projetos direcionados para reformas globais e a descentralização de serviços.¹⁶³

Segundo BRESSER PEREIRA, após o golpe de 1964 e a implantação da ditadura militar, em 1967 ocorreu um “ensaio” de descentralização e de desburocratização, o que seria a primeira tentativa de reforma gerencial, por meio do Decreto-Lei nº 200/67, liderada por Amaral PEIXOTO e inspirada em Hélio BELTRÃO.¹⁶⁴ Para BRESSER PEREIRA, o DL 200, ao mesmo tempo que foi considerado como um primeiro momento da administração gerencial no Brasil, facilitou práticas patrimonialistas e fisiológicas ao permitir a contratação de empregados sem concurso público e ao enfraquecer indevidamente o Núcleo

¹⁶¹ QUANTO VALE OU É POR QUILO?. Obra citada.

¹⁶² BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Da administração pública burocrática à gerencial*. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos e SPINK, Peter Kevin (Orgs.). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*, 3ª edição. Rio de Janeiro: FGV, 1999, p. 243.

¹⁶³ Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Obra citada, p. 25, 26.

¹⁶⁴ Hélio BELTRÃO foi o pioneiro das idéias de desburocratização no Brasil, sendo Ministro da Desburocratização entre 1979 e 1983, lançando em 1979 o Programa Nacional de Desburocratização - PrND. Emerson GABARDO informa que o DL 200 foi influenciado pelo estudo realizado pela COMESTRA – Comissão Especial de Estudos de Reforma Administrativa. GABARDO, Emerson. Obra citada, 2002, p. 45.

Estratégico, por meio de estratégia oportunista do regime militar, que ao invés de se preocupar com a formação de administradores públicos de alto nível selecionados por concurso, preferiu contratar os escalões superiores, sem concurso, pelas empresas estatais, o que fez fracassar a reforma administrativa, que ficou pela metade.¹⁶⁵

Em meados dos anos 70, com a criação da SEMOR – Secretaria de Modernização, houve uma nova tentativa de “modernização” da Administração Pública.¹⁶⁶ Para BRESSER PEREIRA, “a crise da forma burocrática de administrar um Estado emergiu com toda a força depois de 1988, antes mesmo que a própria administração pública burocrática pudesse ser plenamente instaurada no país”.¹⁶⁷ O autor atribui ao regime militar o início da crise da Administração Pública burocrática:

não só porque **não foi capaz de extirpar o patrimonialismo** que sempre a vitimou, mas também porque esse regime, **ao invés de consolidar uma burocracia profissional no país**, através da redefinição das **carreiras** e de um processo sistemático de abertura de **concursos públicos** para a alta administração, preferiu o caminho mais curto do recrutamento de administradores através de suas empresas estatais. Essa estratégia **oportunista** do regime militar, que resolveu adotar o caminho mais fácil da contratação de altos administradores através das empresas, **inviabilizou** a construção no país de uma **burocracia civil forte**, nos moldes que a reforma de 1936 propunha. A crise agravou-se, entretanto, a partir da Constituição de 1988, quando se saltou para outro extremo e a administração pública brasileira passou a sofrer do mal oposto: **o enrijecimento burocrático extremo**. As consequências da sobrevivência do patrimonialismo e do enrijecimento burocrático, muitas vezes perversamente misturados, são o alto custo e a **baixa qualidade** da administração pública brasileira.¹⁶⁸ (Grifo nosso.)

Sobre a Administração Pública burocrática, BRESSER PEREIRA diz que “o pressuposto de eficiência em que se baseava não se mostrou real” e “não garantia nem rapidez, nem boa qualidade, nem custo baixo para os serviços prestados ao público”, pois é “lenta, cara e auto-referida, pouco ou nada orientada para o atendimento das demandas dos cidadãos”.¹⁶⁹ O autor justifica que se a eficiência em um Estado liberal não era essencial, por ser mínimo, tornou-se no Estado social:

Foi um grande progresso o surgimento, no século XIX, de uma administração pública burocrática em substituição às formas patrimonialistas de administrar o Estado. Weber

¹⁶⁵ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Obra citada, p. 244 e 245.

¹⁶⁶ Marco Aurélio NOGUEIRA informa que com a ditadura militar no Brasil a partir de 1964 o país explodiu em termos capitalistas, estatizou-se como nunca, tornou-se mais moderno, mais deformado e injusto. Além disso, a ditadura levou a sociedade a odiar a política mas ao mesmo tempo esperar tudo da política, o que redundou hoje nesta despolitização e individualismo. NOGUEIRA, Marco Aurélio. Obra citada, p. 17, 23, 25.

¹⁶⁷ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Da administração...*, p. 237 e 239.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 239 e 240.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 241.

(1922), o principal analista desse processo, destacou com muita ênfase a superioridade da autoridade racional-legal sobre o poder patrimonialista. Apesar disso, quando, no século XX, o Estado ampliou seu papel social e econômico, a estratégia básica adotada pela administração pública burocrática – o controle hierárquico e formalista dos procedimentos – provou ser **inadequada**. Essa estratégia podia talvez evitar a corrupção e o nepotismo, mas era **lenta, cara e ineficiente**. Ela fazia sentido no tempo do Estado liberal do século XVIII.¹⁷⁰ (Grifo nosso.)

Assim, para o autor, a transição democrática com Tancredo NEVES e José SARNEY significou no plano administrativo uma volta aos ideais burocráticos dos anos 30, e a Constituição da República de 1988 “ignorou completamente as novas orientações da administração pública”, por uma “incrível falta de capacidade de ver o novo” dos constituintes e da sociedade brasileira, que decidiram completar a revolução burocrática dos anos 30, não instaurada, antes de pensar nos princípios da moderna administração pública. O grande mérito da Constituição de 1988, para BRESSER PEREIRA, foi tornar obrigatório o concurso público.¹⁷¹ Para o “Plano Diretor”, com a Constituição de 1988 há um “retrocesso burocrático sem precedentes”,¹⁷² posição apoiada também por Belmiro Valverde Jobim CASTOR.¹⁷³

As tentativas de reforma administrativa no Governo COLLOR DE MELLO, segundo BRESSER PEREIRA, foram equivocadas e redundaram em fracasso, ao qual se deveu a tentativa de reduzir o aparelho do Estado, demitindo funcionários e eliminando órgãos sem qualquer reforma na Constituição, o que desorganizou ainda mais a Administração Pública, desprestigiando os servidores. O autor também critica o Governo de Itamar FRANCO,¹⁷⁴ o qual diagnosticou o patrimonialismo reafirmando a Administração burocrática, pois BRESSER PEREIRA propõe apenas a perspectiva gerencial para modernizar a Administração Pública brasileira.¹⁷⁵

No Brasil, durante o Governo de Fernando Henrique CARDOSO, utilizando-se de exemplos da Inglaterra e Nova Zelândia, Luiz Carlos BRESSER PEREIRA, quando foi Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado do Governo¹⁷⁶,

¹⁷⁰ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Gestão...*, p. 26.

¹⁷¹ O autor ainda critica o regime jurídico único, o sistema de aposentadorias dos servidores públicos, a transformação de servidores celetistas em estatutários. BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Da administração...*, p. 245 a 247, 253.

¹⁷² Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Obra citada, p. 27.

¹⁷³ CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. Obra citada, p. 171.

¹⁷⁴ Época que foi divulgado o estudo “Estrutura e organização do Poder Executivo”, realizado pelo Centro de Estudos de Cultura Contemporânea - CEDEC para a Escola Nacional de Administração Pública - ENAP.

¹⁷⁵ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Da administração...*, p. 250 e 251.

¹⁷⁶ Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, cuja sigla é MARE. Atualmente, as funções deste Ministério são do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

foi o idealizador do fim das idéias de burocracia de Max WEBER e a implantação de uma alardeada “Administração Gerencial”. Em 1995 foram divulgados os ideais gerenciais a serem implantados no aparelho estatal brasileiro com a elaboração do “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”.

A “nova” Administração Pública, inspirada pela administração de empresas, segundo o seu idealizador, pautaria-se pela descentralização política (recursos e atribuições) para os níveis regionais e locais; descentralização administrativa (gerentes autônomos); organizações com poucos níveis hierárquicos, ao invés de piramidais; confiança limitada ao invés da desconfiança total; controle *a posteriori* dos processos administrativos; e Administração voltada ao atendimento do cidadão ao invés de auto-referida.¹⁷⁷

Paulo MODESTO, citando DROMI, entende que é indispensável que os agentes administrativos superem o tradicional vezo burocrático que vem convertendo a Administração numa cara “máquina de impedir”, fiel ao “código do fracasso”, que dispõe: “artigo primeiro: não pode; artigo segundo: em caso de dúvida, abstenha-se; artigo terceiro: se é urgente, espere; artigo quarto: sempre é mais prudente não fazer nada”.¹⁷⁸

O discurso da administração gerencial, nos termos do “Plano Diretor”, pauta-se na necessidade de redução de custos, a melhoria na qualidade e eficiência dos serviços, tendo o cidadão como beneficiário, com um rompimento com a administração burocrática. Não nega todos os princípios da burocracia, pois conserva alguns, flexibilizando-os, como a admissão por concurso público, sistema estruturado e universal de remunerações, carreiras, avaliações de desempenho, treinamento sistemático. **A diferença fundamental é a forma de controle: deixa de se basear nos processos para se concentrar nos resultados** (controle *a posteriori*). O interesse público não é mais o interesse do Estado, mas o da coletividade. O cidadão é um cliente.¹⁷⁹

Maria Paula Dallari BUCCI critica a idéia do cidadão como cliente da Administração, na medida em que esta contribui para enfraquecer o sentimento da Administração como coisa pública, gerida pelos integrantes da coletividade e para a

¹⁷⁷ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Da administração...*, p. 242 e 243.

¹⁷⁸ MODESTO, Paulo. *Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil – as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais*. In: Revista Diálogo Jurídico, Salvador, Centro de Atualização Jurídica, V. I, nº 9, dezembro, 2001. Disponível em <www.direitopublico.com.br>. Acesso em 20 de dezembro de 2005, p. 02.

¹⁷⁹ Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Obra citada, p. 21-24.

realização dos seus interesses. Para ela dá a idéia de cliente consumidor, cujo direito decorre de sua condição de contribuinte, idéia corrente nos Estados Unidos. A autora defende que qualquer ação da Administração é devida para atender um interesse coletivo, independentemente de quem seja seu financiador; e por isso sustenta o termo "cidadão".¹⁸⁰ Cármen Lúcia Antunes ROCHA também critica o Estado que não busca o bem comum, que almeja o lucro, que vê os cidadãos como **clientes**, que não são livres para querer suas demandas, mas o que é a conveniência do mercado.¹⁸¹

Desde então, alerta Adriana SCHIER que se tenta implantar a Administração gerencial no Brasil, com uma racionalidade instrumental, teleológica, voltada para a eficiência, sem controle de meios que "emperram" a máquina administrativa e não dão liberdade ao administrador.¹⁸²

Para o então Presidente Fernando Henrique CARDOSO:

Estamos vivendo um momento de transição de um modelo de administração que foi inicialmente assistencialista e patrimonialista (que mais tarde deu um passo adiante, burocratizando-se, no sentido weberiano da palavra) para um novo modelo, no qual não basta mais a existência de uma burocracia competente por definição dos meios para atingir fins. Agora, o que se requer é algo muito mais profundo: um aparelho do Estado que, além de eficiente, esteja orientado por valores gerados pela própria sociedade. Um aparelho de Estado capaz de comunicar-se com o público de forma desimpedida. Essa passagem é um dos grandes desafios do mundo contemporâneo. É uma transição à qual todos devemos nos dedicar, a fim de reorganizar o aparelho do Estado.¹⁸³

Não concordamos com a posição supra, uma vez que WEBER preocupava-se com a eficiência na Administração Pública burocrática e, também, com o aparelho do Estado orientado pelos valores gerados na sociedade.

Emerson GABARDO ainda alerta que "o que largamente tem sido feito na literatura sobre o tema, principalmente pela crítica gerencial, é reputar vícios do 'estamento burocrático' ao 'modelo burocrático', o que é um equívoco". O autor ainda diz que é "**ingênuo**" acreditar que o modelo gerencial vai acabar com o clientelismo, fisiologismo e nepotismo, "bem como que a melhor solução para o excesso de formalismo é a sua negação, através do liberalismo administrativo". GABARDO diz que justamente o que WEBER acreditava poder surgir com a

¹⁸⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. Obra citada, p. 115-117.

¹⁸¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Obra citada.

¹⁸² SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Obra citada, 2004, p. 49.

¹⁸³ CARDOSO, Fernando Henrique. *Reforma do Estado*. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos e SPINK, Peter Kevin (Orgs.). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*, 3ª edição. Rio de Janeiro: FGV, 1999, p. 17.

burocracia (burocracia se sobrepondo à política) **veio a manifestar-se justamente no modelo gerencial**.¹⁸⁴

Belmiro Valverde Jobim CASTOR salienta que, no caso do "Plano Diretor", “foi a práxis administrativa que demonstrou que, com o pretexto de introduzir uma filosofia gerencial de governo, o governo dizimou os quadros humanos do setor público, desestruturou a ação administrativa, comprometeu os recursos fiscais para rolar o déficit público e deixou à míngua os programas voltados para o atendimento social, resultando na quase completa emasculação do setor público brasileiro”.¹⁸⁵

Assim, se com o ideário da Administração Pública burocrática não conseguimos extirpar o patrimonialismo no Brasil, verificamos que com o gerencialismo este patrimonialismo tende a aumentar cada vez mais.

Note-se que para Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA o modelo gerencialista não foi consumado mesmo anos depois da EC nº 19/98.¹⁸⁶

Marco Aurélio NOGUEIRA alerta que no reformismo **gerencial** a Administração Pública latino-americana viu seus **elementos patrimonialistas e corporativos reforçados** em defesa de sua natureza burocrática ainda não plenamente afirmada. E ainda conclui que “se quisermos, *grosso modo*, um Estado para **proteger o mercado e para alocar recursos**, podemos pensar em reformá-lo a partir de uma ótica predominantemente ‘gerencial’”, mas “se, em vez disso, desejarmos um Estado para **dignificar a vida coletiva - um Estado para a sociedade civil** - , não teremos como deixar de pensar uma reforma de natureza **qualitativa**, democrática, fortemente concentrada nas finalidades e na dimensão ética do Estado”. (Grifo nosso.) Estes seriam os dois padrões reformadores típicos-ideais que são referências dos embates teóricos e políticos do início deste século.¹⁸⁷ Defendemos, neste trabalho, o segundo padrão, não gerencialista, que preze pelo Estado voltado para a sociedade civil.

Rogério Gesta LEAL ensina que historicamente tem-se concebido uma idéia patrimonialista de Poder Público, mas não é “essa Administração Pública que consegue atender o alto grau de complexidade das demandas sociais que se

¹⁸⁴ GABARDO, Emerson. Obra citada, 2002, p. 35 e 36. O autor ainda informa que são três os movimentos básicos de reação contra a burocracia: o gerencialismo, a Escola da *Public Choice* e a teoria do “principal-agente”. Ibid., p. 44.

¹⁸⁵ CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. Obra citada, p. 241.

¹⁸⁶ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *O contrato de gestão na Administração Pública brasileira*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. 2005, p. 483.

¹⁸⁷ NOGUEIRA, Marco Aurélio. Obra citada, p. 45, 87, 88.

avolumam nos dias atuais, eis que, cerrada dentro de suas teias tecnoburocráticas (...) está muito mais preocupada em desenvolver estratégias de gestão concentrada nos corredores do poder e em projetos privados transmutados em públicos, do que propriamente atender os reclamos oriundos da matriz associativa que deu causa à sua própria existência".¹⁸⁸

Para BRESSER PEREIRA, a Administração Pública gerencial deve ser construída sobre a burocrática, aproveitando suas conquistas, seus aspectos positivos, eliminando o que já não serve. Entende que deve haver a transição de uma Administração Pública burocrática, lenta e ineficiente, para uma gerencial, descentralizada, eficiente, voltada para o atendimento do cidadão:

O grande inimigo não é apenas o patrimonialismo, mas também o burocratismo. O objetivo de instalar uma administração pública burocrática no país continua vivo, já que jamais se logrou completar essa tarefa; mas tornou-se claro em 1995 que, para isso, é necessário dar um passo além e caminhar na direção da administração pública gerencial, que engloba e flexibiliza os princípios burocráticos clássicos.¹⁸⁹

Note-se que em 1977, BRESSER PEREIRA, em sua fase pré-gerencial, entendia que a burocracia era a melhor proposta de obtenção de eficiência administrativa.¹⁹⁰

Saliente-se que Maria Paula Dallari BUCCI aduz que a desqualificação do direito administrativo e a sua substituição por um padrão gerencial, isoladamente, não constituem solução.¹⁹¹

Para Emerson GABARDO “o paradoxo no neoliberalismo gerencialista é que, quanto mais afirma confiar na autonomia do indivíduo, mais ressalta a sua

¹⁸⁸ O autor ainda analisa que o Estado Administrador pretensamente onisciente e onipresente em face às demandas públicas e uma sociedade civil que vislumbra a Administração Pública como exclusiva responsável e fornecedora de serviços, bens e produtos capazes de satisfazer todas as suas necessidades não condizem com a verdade dos fatos e a natureza dos interesses públicos e privados envolvidos. LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 166-167.

¹⁸⁹ Obra citada, p. 264 e 267. Como exemplo, sobre o novo papel do “terceiro setor” na Administração Pública gerencial, o autor ainda alerta: “Tendo em vista a tradição brasileira, existe um risco real de que se desenvolvam, imediatamente, relações incestuosas entre os ex-burocratas públicos, agora empresários do Terceiro Setor, e seus antigos colegas, que agora passariam a ser financiadores e fiscais. A cessão de patrimônio público, o empréstimo de recursos humanos e materiais e a concessão de subvenções e auxílios para o funcionamento das novas ONGs, antigas repartições públicas, exigem cautelas e controles muito efetivos, que até hoje não foram praticados na administração brasileira. Daí para um regime de favorecimentos mútuos e abusos existe uma fronteira tênue, fácil de ser transposta, que transformaria o processo de ‘publicização’ e processo de ‘privatização’ dos bens públicos para uso e fruição dos amigos do poder” (obra citada, p. 270).

¹⁹⁰ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Desenvolvimento e crise no Brasil*, 7ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1977, p. 91 e 96, *apud* GABARDO, Emerson, obra citada, 2002, p. 41.

¹⁹¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. Obra citada, p. 25.

incapacidade de mudar o mundo”. O autor conclui que nesse ideário “não há de se falar, portanto, em solidariedade ou fraternidade, mas em concorrência ou competição. Se o homem não pode alterar sua realidade, deve, ao menos, defender seus próprios interesses, afinal, se todos adotarem esta postura, haverá melhoria geral do sistema, que é pautado pela soma das performances”.¹⁹²

Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA e Fernando Borges MÂNICA, sobre as críticas ao gerencialismo acreditam no seguinte:

Embora contrariamente à construção proposta tenham sido levantadas diversas vozes, não há como afastar o fato de que o posicionamento adotado inaugurou uma nova temática no direito público brasileiro, atinente às formas de colaboração entre o Estado e as organizações privadas não lucrativas, com o fito de promover-se a prestação de serviços de serviços sociais à população.¹⁹³

Carlos MONTAÑO alerta que a crise fiscal do Estado, sua ineficiência e corrupção, em grande medida, se devem ao uso político e econômico que as autoridades, representantes de classe, têm historicamente feito em favor do capital (e até em proveito próprio), pagamento da dívida pública (interna e externa), renúncia fiscal, superfaturamento de obras, resgate de empresas falidas, vendas subvencionadas de empresas estatais subavaliadas, clientelismo político, compras superavaliadas e sem licitação, empréstimos ao capital produtivo com retorno corroído pela inflação, taxas elevadíssimas de juros ao capital financeiro especulativo, construção de infra-estrutura pública necessária para o capital produtivo e comercial, clientelismo eleitoral, os créditos a (quase) fundo perdido para o capital, as compras de votos para projetos governamentais, etc.¹⁹⁴ E não vemos no neoliberalismo ou no gerencialismo uma solução para estes problemas.

Belmiro Valverde Jobim CASTOR propugna o redesenho do Estado brasileiro, “não para fazer renascer o Estado arrogante, onipresente e onisciente, paternal com uns e padrasto com outros, controlador e castrador que conhecemos por cinco séculos; muito menos o Estado anêmico, omisso e emasculado que temos nos dias de hoje, incapaz de suprir a totalidade da população de um padrão mínimo de dignidade existencial; mas sim um novo Estado brasileiro, ativo e vigoroso, ator privilegiado mas não dominante no cenário social, súdito da nação e não o seu

¹⁹² Obra citada, p. 49 e 50.

¹⁹³ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de, MÂNICA, Fernando Borges. Obra citada, 2005, p. 5209-5351.

¹⁹⁴ MONTAÑO, Carlos. Obra citada, p. 156, 216.

tutor”.¹⁹⁵

Adriana da Costa Ricardo SCHIER conclui que uma interpretação constitucional adequada exige o modelo de gestão burocrático, oxigenado pelos valores democráticos, como o método necessário para assegurar, na esfera administrativa, a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁹⁶ Defende, ainda, um Estado que se preocupe em ser efetivamente um instrumento de diminuição das exclusões sociais, estendendo as conquistas da dignidade da pessoa humana a todos os indivíduos concretamente situados.¹⁹⁷

Sobre a Administração Pública patrimonialista, burocrática e gerencial, concluímos que o patrimonialismo, onde há confusão entre o patrimônio público e privado, com o nepotismo, o empreguismo e a corrupção, existem até hoje em nossa Administração Pública.

O modelo de Administração burocrática, com funcionários especializados, de carreira, juntamente com o Direito racional, impessoal e previsível, propõe um aparelho estatal racional, eficiente, previsível. Esta burocracia, no sentido weberiano, não deveria ser eliminada, mas sim impedida de que se sobreponha à própria política, com o asseguramento de um controle político da burocracia, com uma atuação positiva do Poder Legislativo, que deveria estar no centro das decisões políticas, de forma democrática, evitando-se que o funcionário de carreira decidisse sobre a política a ser seguida. Todo este ideal burocrático nunca foi totalmente implementado no Brasil, nunca separou o Estado dos interesses privados.

Entretanto, políticas de "desburocratização" podem levar a Administração Pública brasileira a um retrocesso, a um processo de volta efetiva às práticas patrimonialistas e fisiológicas, como fuga do concurso público para a contratação de servidores (com a criação de número excessivo de cargos em comissão, terceirizações ilícitas, burla nos concursos realizados); desqualificação do quadro de servidores; falta de controle sobre os procedimentos, podendo redundar em burlas aos princípios da isonomia, moralidade, entre outros; e demais práticas de desmantelamento do aparelho Estatal.

Não concordamos com os posicionamentos gerencialistas de que a Constituição brasileira de 1988 não é moderna e enrijeceu ainda mais a

¹⁹⁵ CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. Obra citada, p. 276, 277.

¹⁹⁶ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Obra citada, 2004, p. 55.

¹⁹⁷ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na Administração Pública: o direito de reclamação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 256.

Administração Pública, gerando o alto custo e a sua baixa qualidade; que a Administração burocrática se mostrou ineficiente, lenta, de baixa qualidade, cara, pouco ou nada orientada para o atendimento das demandas dos cidadãos; e que este modelo apenas daria certo num Estado Liberal, mas não no Estado Social prestador de serviços. Os vícios da Administração Pública brasileira não são advindos do modelo burocrático, como defendem os gerencialistas, pois a não efetivação dos ideais de Max WEBER é que mantém o clientelismo, fisiologismo e nepotismo. E, ainda, a sobreposição da burocracia à política, o que o autor criticava como legado do Governo de Bismark, está ocorrendo em nosso país justamente da implementação do modelo gerencial. A fuga aos ideais burocráticos e a aplicação do gerencialismo fez com que a Administração Pública brasileira perdesse seus melhores quadros, desestruturando-a, diminuiu os recursos financeiros na prestação direta dos serviços sociais, trazendo equivocadamente para a esfera pública ideais de competição, individualismo e o fim das utopias, com um retorno claro ao patrimonialismo.

Carlos MONTAÑO cita que “a crise do Estado, para os defensores do ‘terceiro setor’, não se restringe à questão financeira; ela envolve a ‘paralisa’ da burocracia estatal”, o que obrigaria o Estado a estabelecer parcerias com a sociedade civil.¹⁹⁸ Em face a esta crítica sobre a burocracia, entendemos que foi essencial tratarmos do patrimonialismo, burocracia e gerencialismo antes de adentrarmos ao “terceiro setor”.

1.2.3.1. O neoliberalismo e a reforma gerencial, por Carlos MONTAÑO

Carlos MONTAÑO informa que com o intuito de orientar o processo neoliberal, principalmente nos países periféricos, em 1989 realizou-se uma reunião entre os organismos de financiamento internacional de *Bretton Woods* (FMI, BID, Banco Mundial), funcionários do governo norte-americano e economistas latino-americanos, para avaliar as reformas econômicas da América Latina, o que ficou conhecido como **Consenso de Washington**, que abarcou a disciplina fiscal, priorização dos gastos públicos, reforma tributária, liberalização financeira, regime cambial, liberalização comercial, investimento direto estrangeiro, privatização, desregulação e propriedade intelectual. Em 1993, em reunião também ocorrida em

¹⁹⁸ MONTAÑO, Carlos. Obra citada, p. 151, 152.

Washington, um grupo de especialistas, entre eles o ex-Ministro da Fazenda do Governo SARNEY e depois Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado - MARE na gestão de Fernando Henrique CARDOSO, BRESSER PEREIRA, para discutir as circunstâncias mais favoráveis e as regras de ação que poderiam ajudar um “*technopool*” a obter o apoio político que lhe permitisse levar a cabo com sucesso o programa de estabilização e reforma econômica do Consenso de Washington, um plano de ajustamento das economias periféricas cancelado pelo FMI e pelo Bird.¹⁹⁹

José Luís FIORI analisa que para o Consenso de Washington “bastaria desfazer-se do estatismo, e deixar que operassem livremente o comércio e os preços, para que seguisse um desenvolvimento sustentável e para que as desigualdades sociais e nacionais fossem sendo reduzidas espontaneamente”, mas o projeto durou pouco, com as crises da Argentina, do México, do Brasil e da Rússia da década de 90.²⁰⁰

Para MONTAÑO, a Constituição de 1988 consagra o novo “pacto social”, resultado das lutas gestadas no período pós-ditatorial, onde aparecem os “novos movimentos sociais”, novos partidos políticos trabalhistas de massas, sindicatos operários, “pacto esse abortado pelos governos Collor e Cardoso”. Fernando Henrique CARDOSO, após o seu discurso onde afirma que com ele termina o período varguista, nomeia em 1994, como Ministro do MARE, Luís Carlos BRESSER PEREIRA, iniciando uma geral e radical reforma do Estado, orientada nos postulados do Consenso de Washington. Segundo o autor, o **argumento** de BRESSER PEREIRA para justificar a retirada do Estado do controle econômico de esferas estratégicas, passando-as para o mercado, e a desresponsabilização estatal das respostas às refrações da questão social, diminuindo os fundos públicos para financiamento de políticas e serviços sociais e assistenciais, privatizando-os, não foi o da sua **articulação com um novo projeto de desenvolvimento exigido pelo grande capital** (nos termos do Consenso de Washington); mas sim que sua reforma seria para a cidadania e para o maior controle social, apontando como culpados a burocracia, a ineficiência, a corrupção do Estado burocrático, e a Constituição de 1988, para que sua reforma fosse melhor aceita.²⁰¹ Carlos

¹⁹⁹ Ibid., p. 29, 30.

²⁰⁰ FIORI, José Luís. *60 lições dos 90: uma década de neoliberalismo*. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 86.

²⁰¹ MONTAÑO, Carlos. Obra citada, p. 34-38, 40, 41.

MONTAÑO aduz que:

o problema no Brasil não é a existência de um Estado social 'protecionista', mas de sua inexistência, ou, pelo menos, seu precário desenvolvimento, não é a forte presença do Estado, mas sua privatização interna o que constitui o problema central. Não casual, porém de forma paradoxal, justamente no momento em que se tece, a partir da Constituição de 1988, um projeto que esboça certo Estado Providência, de Bem-Estar Social, os setores ligados ao grande capital, orientados pelo Consenso de Washington e apoiados pela 'esquerda cooptada', tentam liquidá-lo, mediante uma 'reforma gerencial' – uma contra-reforma.²⁰² (Grifo nosso.)

Verificamos que o autor supracitado, em análise que parece estar correta, praticamente afirma que toda a reforma administrativa gerencial providenciada em face aos ideais de BRESSER PEREIRA foi guiada pelo grande capital internacional, sendo esta informação ocultada do povo brasileiro, iludido com o discurso de que a reforma objetivaria uma maior cidadania, um maior controle popular da Administração Pública, um aparelho administrativo eficiente, sem corrupção, mas desde que fosse permitida a reforma da "Constituição Cidadão" de 1988, em conformidade com o gerencialismo neoliberal.

1.2.3.2. O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado

No Brasil, o ideário do "terceiro setor" como substituto do Estado na execução dos serviços sociais surgiu principalmente com o "Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado"²⁰³, elaborado pelo MARE, que a época era comandado pelo já bastante citado Luiz Carlos BRESSER PEREIRA; e com a posterior reforma administrativa implementada pela Emenda Constitucional nº 19/98 e por normas infraconstitucionais.²⁰⁴

Para Sílvio Luís Ferreira da ROCHA, "os argumentos que justificam essa redefinição das atividades do Estado são financeiros, jurídicos e políticos e partem da premissa - **não comprovada** por qualquer experiência histórica recente - de que haverá, ao final do processo, uma melhoria da capacidade do Estado de atender às

²⁰² Ibid., p. 41, 42.

²⁰³ Documento elaborado pelo MARE, quando o Ministro era Luiz Carlos BRESSER PEREIRA, aprovado pela Câmara da Reforma do Estado em 21.09.95 e aprovado e publicado pela Presidência da República em novembro/1995.

²⁰⁴ Maria Paula Dallari BUCCI informa que a necessidade de reformas administrativas levaram tanto setor de centro a gerar o Plano Diretor quanto setores de esquerda a experimentar o orçamento participativo, inicialmente na Prefeitura de Porto Alegre, a partir de 1989, pelo governo do Partido dos Trabalhadores. BUCCI, Maria Paula Dallari. Obra citada, p. 32.

demandas sociais".²⁰⁵ (Grifo nosso.) Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO é totalmente favorável às reformas implementadas, por causa da "ingovernabilidade, consequência dessa defasagem do aparelho estatal superado, do Estado do Bem-Estar Social, instituído pela Constituição de 1988, em seu texto original".²⁰⁶

Conforme DI PIETRO, tradicionalmente fala-se em três tipos de atividades administrativas a cargo do Estado: (a) serviços administrativos (atividades-meio); (b) serviços comerciais e industriais (serviços públicos e atividades econômicas); e (c) serviços sociais do Estado (convivem com a iniciativa privada).²⁰⁷ Para BRESSER PEREIRA²⁰⁸ e segundo o "Plano Diretor", os Estados modernos contam com quatro setores (atividades):

a) **Núcleo Estratégico**: que é o centro definidor das leis e das políticas e, em última instância, as faz cumprir. Formado pelo Poder Legislativo, Judiciário, Ministério Público, pelo Chefe do Executivo, Ministros, Secretários e cúpula dos servidores civis. Para BRESSER PEREIRA, mesmo com a Reforma Gerencial, neste setor "ainda há lugar para algumas características burocráticas devidamente atualizadas" (estabilidade dos servidores, por exemplo), pois para o "Plano Diretor" "a eficiência é menos importante do que a efetividade", devendo neste setor existir um misto de administração pública burocrática e gerencial.²⁰⁹ Poderá firmar contratos de gestão com agências executivas e organizações sociais.

(b) **Atividades Exclusivas**: que envolvem o Poder do Estado, e garantem diretamente que as leis e as políticas públicas sejam cumpridas e financiadas, com funções de regulamentação, fiscalização e fomento. Integram o setor as forças armadas, a polícia, entes arrecadadores de impostos e responsáveis pela seguridade social básica, emissão de passaportes, agências reguladoras e executivas. Aqui, segundo BRESSER PEREIRA, deve haver descentralização. O modelo seria o de agências independentes. A Administração Pública seria gerencial, com o controle dos resultados e com o discurso de maior participação popular. Todas as autarquias e fundações autárquicas seriam transformadas em agências.

c) **Serviços Não-Exclusivos ou Competitivos (serviços sociais)**: são os que o Estado provê, mas que também podem ser oferecidos pelo setor privado e

²⁰⁵ ROCHA, Sílvia Luís Ferreira da. Obra citada, p. 32-33.

²⁰⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Obra citada, p. 548.

²⁰⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, 2002, p. 43.

²⁰⁸ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Gestão...*, p. 33-34.

²⁰⁹ Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Obra citada, p. 53 e 54.

pelo setor público não-estatal. São os serviços de educação, de saúde, culturais e de pesquisa científica. Aqui a Administração deve ser mais que descentralizada, deve ser autônoma, segundo BRESSER PEREIRA. A Administração Pública, neste setor, também seria gerencial. Todas as autarquias e fundações autárquicas seriam extintas e suas atividades seriam realizadas por entidades públicas não estatais.

d) **Produção de bens e serviços para o mercado:** atividades econômicas de empresas voltadas para o lucro, formado pelas empresas estatais.

Para BRESSER PEREIRA praticamente todas as empresas estatais deveriam ser privatizadas: “Pressupõe-se que as empresas serão mais eficientes se controladas pelo mercado e administradas privadamente”, citando ainda o princípio da subsidiariedade (só deve ser estatal a atividade que não puder ser controlada pelo mercado). O Estado, neste modelo, deve ser apenas regulador, e não executor.²¹⁰ Quando estas atividades fossem executadas pelo Estado a Administração Pública seria gerencial, com contratos de gestão firmados com o Núcleo Estratégico. Consoante o autor o princípio da subsidiariedade não é claro no caso de monopólios e discutível em setores estratégicos, como o de petróleo.²¹¹

BRESSER PEREIRA entende que, para as atividades do Núcleo Estratégico e das Atividades Exclusivas a propriedade será estatal. Para a produção de bens e serviços para o mercado, aduz que deve ser cada vez mais exercido por entes privados. Entretanto, para os Serviços Não-Exclusivos, o autor defende que nesse âmbito a propriedade seja “pública não-estatal”, ou “pública não-governamental”²¹². Segundo ele “pública” no sentido de que se deve dedicar ao interesse público, de

²¹⁰ Destacamos que o Estado regulador não é, necessariamente, neoliberal. José dos Santos CARVALHO FILHO esclarece que o Estado atua de duas formas na ordem econômica, como Estado Regulador (através de regime interventivo, se incumbe de estabelecer as regras disciplinadoras da ordem econômica com o objetivo de ajustá-la aos ditames da justiça social - art. 174 da Constituição) e como Estado Executor (art. 173 da Constituição). CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 718-719. Emerson GABARDO defende que cabe a destruição de um mito disseminado na cultura política atual, a afirmação de uma ligação necessária entre o neoliberalismo e o Estado Regulador, uma vez que na verdade a regulação estatal não advém dessa nova ideologia, mas sim é característica do Estado Interventor, que sempre controlou a atividade econômica, incluindo o serviços públicos. GABARDO, Emerson. Obra citada, 2003, p. 195-196. Em sentido contrário, Carlos Ari SUNDFELD diz que está vencida a era do Estado-empresário e iniciada a do Estado-regulador. SUNDFELD, Carlos Ari. *A Administração Pública na era do Direito Global*. In: SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (coord.) *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 161.

²¹¹ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Da administração...*, p. 259-261.

²¹² BRESSER PEREIRA aduz que as organizações públicas não-estatais “são impropriamente chamadas de ‘organizações não-governamentais’ na medida em que os cientistas políticos nos Estados Unidos geralmente confundem governo com Estado. É mais correto falar em organizações não-estatais, ou, mais explicitamente, públicas não-estatais. BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Da administração...*, p. 262).

que não visa o lucro, e "não-estatal" porque não faz parte do aparelho do Estado.²¹³

Marçal JUSTEN FILHO entende que é um equívoco confundir interesse público e interesse estatal, e exemplifica ao dizer que há interesses públicos não estatais, como o que envolve o "terceiro setor".²¹⁴ Ao classificar a execução da administração dos interesses públicos, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO aduz que a Administração Pública de interesses públicos os executa de forma direta ou indireta, e a administração privada de interesses públicos realiza a execução associada por meio de pessoas extraestatais privadas, através de parcerias e colaboração.²¹⁵ Em sentido contrário, Sérgio de Andréa FERREIRA defende que público significa estatal, pois, citando Francesco FERRARA, pessoas públicas são aquelas que detêm uma parcela de *ius imperii*, tendo os caracteres e prerrogativas exclusivos e essenciais do Estado.²¹⁶

A reforma empreendida na última década, segundo Marco Aurélio NOGUEIRA, provocou uma espécie de perda do Estado como referência e recurso, orientada pela lógica mercantil, e esta ausência de Estado reforçou dois tipos de desajustes: fez com que os atores políticos ficassem com dificuldades ainda maiores para alcançar uma idéia revigorada de pacto político ou projeto nacional; e fez com que os movimentos sociais se soltassem ainda mais do político e procurassem forjar uma legalidade e uma institucionalidade próprias, desinteressando-se da formulação de projetos de hegemonia; criando-se muitas zonas de contestação e de atrito com os governos, mas não campos de força hegemônicos.²¹⁷

1.2.3.3. Os serviços sociais ou não exclusivos no gerencialismo e a chamada "publicização"

Os serviços não-exclusivos, segundo BRESSER PEREIRA, são realizados ou subsidiados pelo Estado por serem considerados de alta relevância para os

²¹³ Renato ZUGNO entende que quem trouxe contornos teóricos mais efetivos sob uma ótica acadêmica, séria e intelectualizada sobre os "espaços públicos não estatais" no orçamento participativo foi Tarso GENRO. ZUGNO, Renato. *Espaços públicos compartilhados entre a Administração Pública e a sociedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 43, 44.

²¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, 2005, p. 37.

²¹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, obra citada, p. 126.

²¹⁶ FERREIRA, Sérgio de Andréa. *As organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público: considerações sobre seu regime jurídico*. In: Revista de Direito Administrativo nº 217. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 1999, p. 109.

²¹⁷ NOGUEIRA, Marco Aurélio. Obra citada, p. 31.

direitos humanos ou por envolverem economias externas²¹⁸, não podendo ser adequadamente recompensados no mercado através da cobrança de serviços. “No momento em que a crise do Estado exige o reexame das relações Estado-sociedade”, a propriedade dos executores destes serviços é pública não-estatal: pública por se dedicar ao atendimento do interesse público e para justificar os subsídios recebidos da coletividade e não-estatal por não envolver o uso do poder do Estado.²¹⁹

Fabio Giusto MOROLLI defende que é lícito o repasse da gestão da educação e da saúde por meio de parceria, entendendo que “a terceirização de serviços sociais pode ser excelente solução, que encampa o novel conceito de administração por resultados”.²²⁰

Carlos MONTAÑO esclarece que “os serviços sociais e assistenciais têm uma clara função social, não mensurável financeiramente; portanto, não podem ser avaliados seguindo critérios gerenciais (regidos pela relação custo/benefício) nem empresariais (orientados pelo lucro)”.²²¹

De acordo com o “Plano Diretor”²²², os objetivos da Reforma do Aparelho do Estado para os serviços não-exclusivos são os seguintes:

- Transferir para o setor público não-estatal estes serviços, através de um programa de ‘**publicização**’, transformando as atuais fundações públicas em organizações sociais, ou seja, em entidades de direito privado, sem fins lucrativos, que tenham autorização específica do Poder Legislativo para celebrar contrato de gestão com o Poder Executivo e assim ter direito a dotação orçamentária.
- Lograr, assim, uma maior **autonomia** e uma conseqüente maior responsabilidade para os dirigentes desse serviços.
- Lograr adicionalmente um **controle social** direto desses serviços por parte da sociedade através dos seus conselhos de administração. Mais amplamente, fortalecer práticas de adoção de mecanismos que privilegiem a participação da sociedade tanto na formulação quanto na avaliação do desempenho da organização social, viabilizando o controle social.
- Lograr, finalmente, uma maior **parceria** entre o Estado, que continuará a financiar a instituição, a própria organização social, e a sociedade a que serve e que deverá também participar minoritariamente de seu financiamento via compra de serviços e doações.
- Aumentar, assim, a **eficiência** e a qualidade dos serviços, atendendo melhor o **cidadão-cliente** a um custo menor. (Grifo nosso.)

²¹⁸ Segundo o Plano Diretor, economias externas relevantes são as que “produzem ganhos que não podem ser apropriados por esses serviços através do mercado”. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Obra citada, p. 53.

²¹⁹ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Da administração...*, p. 258, 259, 262 e 263.

²²⁰ MOROLLI, Fabio Giusto. *A evolução do direito público e a parceria com a iniciativa privada – transferência de serviços públicos de natureza social*. In: Revista Zênite Informativo de Licitações e Contratos - ILC nº 50, abr./98, p. 322.

²²¹ MONTAÑO, Carlos. Obra citada, p. 42.

²²² Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Obra citada, p. 58, 59.

Conforme BRESSER PEREIRA a chamada "publicização" não é privatização, mas uma passagem do controle estatal para o controle público, e faz questão de afirmar que sua reforma gerencial não é neoliberal, pois o burocratismo e o estatismo defendem os serviços não-exclusivos sob o controle do Estado, os neoliberais radicais a privatização, e os sociais democratas ou democratas liberais defendem que estes serviços sejam financiados ou subsidiados pelo Estado, mas controlados pela sociedade.²²³ Para ele o Estado não deve ser produtor nem simples regulador que garanta os contratos e a propriedade, mas financiador ou subsidiador dos serviços não-exclusivos, mediante dotação orçamentária ou, em alguns casos, o subsídio seria dado diretamente ao cidadão, sob forma de "vouchers", que faria o pagamento à organização prestadora dos serviços.

Simone de Castro Tavares COELHO problematiza os *vouchers*, pois, segundo ela, podem ser motivadores do aparecimento de novas organizações somente para atrair esses *vouchers*. Além disso, nada garante que os indivíduos tenham todas as informações necessárias para tomar uma decisão correta na escolha das entidades, assim como há possibilidade de entraves para a organização; o que "acaba atraindo mais problemas do que soluções, e parece ser mais perigosa do que a distribuição direta de recursos pelo governo".²²⁴

Acreditamos que há uma contradição na utilização do termo "publicização", ao invés de privatização. BRESSER PEREIRA explica que "para transformar os serviços não-exclusivos de Estado em propriedade pública não-estatal e declará-los uma organização social (...) será preciso **extinguir** as atuais entidades e **substituí-las** por fundações públicas de direito privado criadas por pessoas físicas".²²⁵ (Grifo nosso.)

Extinguir uma entidade estatal e proporcionar que uma entidade privada (pública não-estatal) exerça as atividades antes exercidas diretamente pelo Estado nada mais é do que uma **privatização em sentido amplo**, como ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro (diminuição do tamanho do Estado). Assim, não é uma

²²³ No mesmo sentido Francisco de Assis ALVES, que defende que não há privatização quando a gestão dos serviços é compartilhada entre o Poder Público e sua parceira. Para o autor a entidade privada parceira participa inteiramente da execução dos serviços. ALVES, Francisco de Assis. Obra citada, 2000, p. 162. Também entende não ser caso de privatização SALOMON, Lester M. *A falsa dicotomia entre Estado e terceiro setor*. Folha de S. Paulo de 01 de abril de 2001. Ora, se a entidade privada executa inteiramente os serviços, trata-se de privatização em sentido amplo.

²²⁴ COELHO, Simone de Castro Tavares. *Terceiro setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos*, 2ª ed. São Paulo: SENAC, 2002, p. 54.

²²⁵ Obra citada, p. 263-264.

privatização em sentido estrito, ou seja, transferência de domínio do Estado para particulares, mas uma privatização em sentido amplo. Também acreditam que este é caso de privatização Dora Maria de Oliveira RAMOS, Jaime Rodriguez-Arana MUÑOZ, Juarez FREITAS, Sérgio de Andréa FERREIRA, Carlos MONTAÑO, Lúcia Valle FIGUEIREDO e Maria Paula Dallari BUCCI.²²⁶

Marçal JUSTEN FILHO entende que o contrato de gestão com uma organização social **pode gerar uma delegação** de serviço público, entendida a expressão em sentido amplo, mas esta entidade nunca poderá ser assemelhada às concessionárias de serviços públicos que buscam o lucro.²²⁷ No mesmo sentido Juarez FREITAS.²²⁸ Em sentido contrário, Paulo MODESTO e Francisco de Assis ALVES alertam que a criação de organizações sociais **não é delegação** de serviço público ou transferência de execução de atividade, uma vez que os serviços não exclusivos, como o próprio nome diz, não são privativos do Estado.²²⁹

Entendemos que se uma entidade pública é extinta e é firmado um contrato de gestão com uma instituição privada como forma de fomento, automaticamente o Estado está se **abstendo** de executar esta atividade transferindo-a aos entes privados. Assim, caso de **privatização, e não publicização**, que apenas poderia ser assim denominada se o Estado fosse dar um caráter público a uma instituição que já exerça a atividade de interesse público. Aduzimos, ainda, que mesmo não sendo um caso de delegação do tipo concessão ou permissão de serviços públicos, podemos

²²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia. Obra citada, 2002, p. 17; RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na Administração Pública*. São Paulo: LTr, 2001, p. 40; MUÑOZ, Jaime Rodriguez-ARANA. *Las nuevas fronteras de la descentralización*. In: www.clad.org.ve/congreso/rodriara.html. Acesso em 25 de dezembro de 2005; FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 91, 92. Este ainda aponta um terceiro significado para privatização, o inconstitucional, que desrespeita a titularidade do serviço público estatal; FREITAS, Juarez. *Regime peculiar das organizações sociais e o indispensável aperfeiçoamento do modelo federal*. In: Revista de Direito Administrativo nº 214, out./dez. 1998, p. 99-106. Nesta obra o autor ainda dispõe que a publicização pode se converter em privatização; FERREIRA, Sérgio de Andréa. *As organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público: considerações sobre seu regime jurídico*. In: Revista de Direito Administrativo nº 217. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 1999, p. 108, 114; MONTAÑO, Carlos. Obra citada, p. 136; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Obra citada, p. 150; BUCCI, Maria Paula Dallari. Obra citada, p. 28, que entende que nos serviços sociais não se poderia falar tecnicamente em privatização, mas aceita a utilização do termo em seu sentido amplo. A autora ainda informa que na França as privatizações não alcançaram os serviços de saúde, educação, entre outros, mas apenas os previdenciários.

²²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, 2005, p. 133.

²²⁸ FREITAS, Juarez. Obra citada. 1998, p. 99-106.

²²⁹ ALVES, Francisco de Assis. Obra citada, 2000, p. 186. MODESTO, Paulo. Obra citada, dezembro, 2001, p. 11. Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA e Fernando Borges MÂNICA não tratam da questão das organizações sociais e contratos de gestão, mas entendem que no caso das OSCIPs e termos de parceria não há delegação do Poder Público para a prestação de serviços públicos. OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de, MÂNICA, Fernando Borges. Obra citada, p. 5209-5351.

considerar esta privatização em sentido amplo também como **delegação** de atividades. Alertamos, ainda, que tanto a delegação de atividades para as organizações sociais quanto para as OSCIPs são casos de privatização em sentido amplo, e não de publicização.²³⁰

Para Carlos MONTAÑO a chamada “publicização” pretende substituir a lógica da Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS (que é conforme à Constituição de 1988), pela lógica do programa Comunidade Solidária dirigido por Ruth CARDOSO, com uma verdadeira privatização dos serviços sociais e de parte dos fundos públicos; transferência da responsabilidade do Estado para o mercado ou o “terceiro setor”; numa perspectiva desuniversalizante, contributivista e não constitutiva de direito das políticas sociais; o que “autonomizariam dos controles e mecanismos democráticos existentes (mesmo que limitados e insuficientes) no âmbito estatal: contratos temporários, inexistência de concursos públicos abertos e obrigatórios, seguindo critérios técnicos e de carreira profissional, inexistência de licitações públicas, inexistência de controles sociais sobre os gastos e recursos, garantia de continuidade dos serviços, entre outros processos”.²³¹

Para o autor, a parceria advinda da publicização seria “mais do que um estímulo estatal para a ação cidadã, representa **desresponsabilização do Estado da resposta à ‘questão social’ e sua transferência para o setor privado**”.²³² Leandro Marins de SOUZA não concorda com esta afirmação, por entender que no sistema de parcerias não ocorre substituição das funções ou de responsabilidades do Estado.²³³ Simone de Castro Tavares COELHO também defende que as parcerias não significam, necessariamente, transferências de funções do Estado

²³⁰ Fernando Borges MÂNICA discorda do nosso posicionamento, pois para ele, se a publicização não ocorreu com as organizações sociais, ocorreu, sim, com as OSCIPs: “Não se trata (...) de um processo através do qual o Estado deixa de tomar para si a responsabilidade pela oferta desses serviços à população; trata-se de um modelo através do qual se prioriza ou se incentiva a participação do terceiro setor em tal área”. MÂNICA, Fernando Borges. Obra citada, p. 50, 51.

²³¹ MONTAÑO, Carlos. Obra citada, p. 45, 46.

²³² Ibid., p. 46, 47. O autor ainda alerta que nas atividades públicas não-estatais “o Estado controla mediante a legislação e o repasse de fundos (‘parcerias’), e a empresa mediante sua lógica gerencial e lucrativa. O usuário é o grande ausente nesta atividade de controle do serviço social desenvolvido pela entidade pública não-estatal”. Ibid., p. 48. Marilena Chauí, ao questionar a terceira via, segundo Anthony Giddens, considerando-a neoliberal, aduz: “E as comunidades não são vistas como pólos de auto-organização social, nem como contrapoderes sociais contra o domínio estatal puro, nem muito menos como formas de expressão das classes sociais e dos grupos, e sim como estratégia estatal para transferência de responsabilidades, estratégia que se apoia na suposição de que as comunidades são aspectos do multiculturalismo e da necessidade do renascimento do espírito cívico!”. CHAUI, Marilena. *Fantasia da Terceira Via*. In: Jornal Folha de S. Paulo, caderno “Mais”, de 19.12.99, p. 10.

²³³ SOUZA, Leandro Marins de. Obra citada, p. 102.

para a sociedade civil, e o Estado deve continuar garantindo o acesso, por exemplo, à educação, mas o Estado não é obrigado a atuar diretamente no provimento dos serviços sociais.²³⁴ No mesmo sentido Fernando Borges MÂNICA.²³⁵

Após tratarmos do Estado e da Administração Pública, assim como de temas como o neoliberalismo (que é a inspiração para o ideário do "terceiro setor"), a burocracia (cuja "ineficiência" é a justificativa para a privatização), os serviços sociais (objeto de delegação para as entidades privadas sem fins lucrativos) e o princípio da subsidiariedade (um dos fundamentos para o repasse, como regra, dos serviços sociais às organizações da sociedade civil), podemos analisar o "terceiro setor" e suas parcerias, com uma maior fundamentação.

²³⁴ COELHO, Simone de Castro Tavares. Obra citada, p. 163, 164.

²³⁵ MÂNICA, Fernando Borges. Obra citada, p. 56.

"Com tanta riqueza por aí, onde é que está
Cadê sua fração
Até quando esperar a plebe ajoelhar
Esperando a ajuda de Deus"²³⁶

Plebe Rude

2. O “TERCEIRO SETOR” E A SOCIEDADE CIVIL

É essencial que antes de adentrarmos ao tema do "terceiro setor" propriamente dito, tratemos da sociedade civil. Para isso, utilizaremos como base no presente trabalho os ensinamentos de Antonio GRAMSCI, um clássico e importante pensador italiano bastante estudado por quem deseja se aprofundar nos assuntos relacionados ao Estado e à sociedade civil.

2.1. A SOCIEDADE CIVIL E O ESTADO AMPLIADO, POR ANTONIO GRAMSCI

Analisaremos neste tópico Antonio GRAMSCI, principalmente sobre seu ideário do Estado ampliado, o seu conceito de sociedade civil, as sociedades ocidentais/orientais e a guerra de posição/movimento. Para isso, basicamente citaremos as obras do próprio autor, "Maquiavel, a Política e o Estado Moderno"²³⁷ e "Cadernos do Cárcere",²³⁸ e ainda a de Carlos Nelson COUTINHO, "Gramsci: um estudo sobre o seu pensamento político",²³⁹ e a de Carlos MONTAÑO, "Terceiro Setor e Questão Social: crítica ao padrão emergente de intervenção social".²⁴⁰

A considerada nova teoria gramsciana da revolução trata da concepção ampliada de Estado nas chamadas "**sociedades ocidentais**", onde há uma relação equilibrada entre a sociedade política e a sociedade civil, e a luta de classes tem

²³⁶ PLEBE RUDE. *Até quando esperar*. Composição: André X, Gutje, Philippe Seabra. In: "O concreto já rachou", 1986.

²³⁷ GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, a Política e o Estado Moderno*, 6ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1988. É interessante que nesta obra, segundo seu pequeno glossário, o autor utiliza expressões e pseudônimos, para evitar a censura: para MARX utilizou expressões como o corifeu ou fundador da filosofia de praxis, e autor da economia crítica; para O Capital "Crítica da economia política"; para materialismo histórico e o marxismo "filosofia da praxis"; para Lênin, como Ilitch, Filitch e "o maior teórico moderno da filosofia da praxis".

²³⁸ GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*, vol. 3. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

²³⁹ COUTINHO, Carlos Nelson. Obra citada, *Gramsci: um estudo sobre o seu pensamento político*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

²⁴⁰ MONTAÑO, Carlos. *Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. São Paulo: Cortez, 2002.

como terreno decisivo os aparelhos privados de hegemonia, na medida em que visa à obtenção da direção político-ideológica e do consenso. Neste caso o Estado se ampliou, e o centro da luta de classe está na "**guerra de posição**", numa conquista progressiva, ou processual, de espaços no seio e por meio da sociedade civil, visando a conquista de posições.²⁴¹ COUTINHO aduz que esta seria uma condição para o acesso ao poder de Estado e para sua posterior conservação, onde não há lugar para a espera messiânica do "grande dia", mas sim uma transformação da classe dominada em classe dirigente antes da tomada de poder, como estratégia para a transição ao socialismo. Para o autor, o Brasil é hoje uma sociedade "ocidental", mas cada Estado requer um cuidadoso reconhecimento de caráter nacional, e, no nosso caso, ele entende que ainda está em grande parte por ser feito.²⁴²

Já nas "**sociedades orientais**" não foi desenvolvida uma sociedade civil forte e autônoma e o Estado é tudo e a sociedade civil é primitiva e gelatinosa, nas quais as lutas de classes se travam fundamentalmente visando à conquista explosiva do Estado. Neste caso, onde o Estado é restrito, o movimento revolucionário se expressa como "**guerra de movimento**" ou "guerra de manobra". COUTINHO entende que neste caso impõe-se à luta de classes uma estratégia de ataque frontal, voltada diretamente para a conquista e conservação do Estado restrito. A "ocidentalidade" de uma formação social não é um fato puramente geográfico, mas sobretudo um fato histórico.²⁴³

Nas sociedades ocidentais, o Estado em sentido amplo²⁴⁴, o Estado ampliado, a superestrutura, é a junção de duas esferas, a:

a) **sociedade política** (Estado em sentido estrito, Estado-coerção): formada pelo conjunto dos mecanismos através dos quais a classe dominante detém o monopólio legal da repressão e da violência e que se identifica com os aparelhos coercitivos ou repressivos de Estado, controlados pelas burocracias. Por meio da sociedade política as classes exercem sempre uma ditadura, uma dominação

²⁴¹ Antonio GRAMSCI exemplifica que na Índia a revolução passiva, a teoria da não-resistência, "a resistência passiva de Gandhi é uma guerra de posição", mas entende que em alguns momentos era guerra de movimento. GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, a Política e o Estado Moderno*, 6ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1988, p. 68, 75.

²⁴² COUTINHO, Carlos Nelson. Obra citada, 1999, p. 147, 155, 155, 218, 219.

²⁴³ Note-se, ainda, que GRAMSCI faz uma relação entre "guerra de movimento" e "revolução permanente", e entre "guerra de posição" e a conquista da "hegemonia civil". Ibid., p. 147-149.

²⁴⁴ COUTINHO entende que o Estado em sentido amplo é a ditadura mais hegemonia, ou a hegemonia escudada na coerção, é o equilíbrio entre sociedade civil e sociedade política. Ibid., p. 127-129.

mediante coerção; e

b) **sociedade civil** (Estado ético): organizações responsáveis pela elaboração e/ou difusão das ideologias, compreendendo as escolas, as igrejas, os partidos políticos, os sindicatos, as organizações profissionais, os meios de comunicação, etc. No âmbito e por meio da sociedade civil as classes buscam exercer sua hegemonia (buscam ganhar aliados para suas posições mediante a direção política e o consenso). Os seus portadores materiais são os "aparelhos privados de hegemonia"²⁴⁵, organismos sociais coletivos voluntários e relativamente autônomos em face da sociedade política. Como a sociedade civil pertence ao Estado ampliado, ela seria estatal em sentido amplo.²⁴⁶

GRAMSCI aduz que "no oriente, o Estado era tudo, a sociedade civil era primordial e gelatinosa; no Ocidente, havia entre o Estado e a sociedade civil uma justa relação e em qualquer abalo do Estado imediatamente descobria-se uma poderosa estrutura da sociedade civil".²⁴⁷

Carlos MONTAÑO entende que o debate sobre o "terceiro setor" freqüentemente identifica este com o conceito de "sociedade civil", "guerra de posições" e das "sociedades ocidentais" tratadas por GRAMSCI, o que pareceria que a distinção do autor italiano entre "sociedade civil" e "sociedade política" e o fato de estarem situadas na superestrutura, fora da estrutura econômica, justificasse uma **suposta setorialização gramsciana** entre "sociedade civil", "sociedade

²⁴⁵ COUTINHO deixa claro que "aparelhos ideológicos de Estado" de Louis ALTHUSSER não é sinônimo de "aparelhos privados de hegemonia" de GRAMSCI, e informa que ALTHUSSER tenta descaracterizar a originalidade de GRAMSCI ao entender que a distinção entre a sociedade civil e sociedade política, assim como a diferenciação entre público e privado, é burguesa, assim como o Estado ser ampliado não é recente, e prega uma luta a se travar inteiramente fora do Estado. COUTINHO, Carlos Nelson. Obra citada, p. 132, 134. Aparentemente ideológicos de Estado, para ALTHUSSER, não se confundem com o aparelho repressivo do Estado, mas é um certo número de realidades que apresentam-se ao observador imediato sob a forma de instituições distintas e especializadas, como os aparelhos ideológicos religiosos, escolares, familiares, jurídicos, políticos, sindicais, de informação, culturais. ALTHUSSER, Louis. *Aparentemente ideológicos de Estado: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1985, p. 68-69.

²⁴⁶ GRAMSCI conceitua "sociedade civil" como portadora material da figura social da hegemonia, como esfera de mediação entre a infra-estrutura econômica e o Estado em sentido restrito. COUTINHO, Carlos Nelson. Obra citada, 1999, p. 121. Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA e Fernando Borges MÂNICA, quando analisam a sociedade civil em Antonio GRAMSCI, dispõem que as expressões Estado ético ou sociedade civil significariam que esta "imagem" de Estado sem Estado estava presente nos maiores cientistas da política e do direito. OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de, MÂNICA, Fernando Borges. Obra citada, 2005, p. 5209-5351.

²⁴⁷ GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, a Política e o Estado Moderno*, 6ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1988, p. 75 e GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*, vol. 3. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000, p. 262. Esta é uma parte da frase que, segundo COUTINHO, GRAMSCI resume sua posição que define a novidade de seus conceitos de Estado e revolução em relação à experiência dos bolcheviques. COUTINHO, Carlos Nelson. *Marxismo e Política: a dualidade de poderes e outros ensaios*, 2ª ed. São Paulo: Cortez, 1996, p. 58.

política” e “estrutura econômica”, tratadas pelo debate como “terceiro setor”, Estado e mercado, respectivamente.²⁴⁸

Dalmo de Abreu DALLARI analisa que GRAMSCI aponta o estabelecimento artificial de uma diferenciação entre a sociedade civil e a sociedade política.²⁴⁹

Norberto BOBBIO defende que a sociedade civil em GRAMSCI não pertence à estrutura, como em MARX, mas ao campo da superestrutura,²⁵⁰ e esta situa-se na intermediação entre a “base econômica” e a “sociedade política”. MONTAÑO aponta que esta é uma “leitura rápida e livre” sobre GRAMSCI, e **poderia fundamentar a setorialização** do social operada pelos autores que advogam pelo “terceiro setor”.²⁵¹

Ao estudar o desenvolvimento histórico e teórico dos conceitos de Estado e sociedade civil, BOBBIO²⁵², sintetizado por MONTAÑO²⁵³, explana que:

a) os jusnaturalistas (HOBBS, ROUSSEAU, LOCKE, KANT), que não opõem Estado/sociedade civil, mas estado de natureza (sociedade natural) ao estado civil (sociedade política ou civil), **identificam a sociedade civil** com o “estado-não-natural”, com a “sociedade política”, **com o Estado**;

b) HEGEL caracteriza o **Estado como conservação e superação da sociedade civil** e seu modelo conforma um sistema não divisível em vários setores autônomos, ou seja, **há uma clara visão de totalidade**,²⁵⁴

c) MARX e ENGELS não mais opõem categorias pré e pós-estatais (natural e civil), mas contrastam sociedade civil/Estado, ou estrutura/superestrutura. Em discordância com HOBBS e ROUSSEAU, o Estado não é a eliminação do tenso estado de natureza e a instauração da paz, mas a substituição da “guerra de todos contra todos” pela luta de classes. Contrapõem-se a LOCKE e KANT, e também a HEGEL, pois o **Estado** não é apenas a superação da sociedade civil,

²⁴⁸ MONTAÑO, Carlos. Obra citada, p. 120-121.

²⁴⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Futuro do Estado*, 1980, p. 111. Esta obra é essencial para quem pretende estudar o Estado.

²⁵⁰ BOBBIO, Norberto. *Ensaio sobre Gramsci e o conceito de sociedade civil*. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 54 e BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*, 10ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 39.

²⁵¹ BOBBIO, para MONTAÑO e COUTINHO, é um dos principais intérpretes liberais de GRAMSCI. MONTAÑO entende que BOBBIO leva a profundas deformações do pensamento de GRAMSCI, o que faz com que alguns intelectuais de esquerda recebam a obra de BOBBIO acriticamente, como se não existissem contradições de fundo entre eles. MONTAÑO, Carlos. Obra citada, p. 121.

²⁵² BOBBIO, Norberto. Obra citada, p. 43-54.

²⁵³ MONTAÑO, Carlos. Obra citada, p. 122, 123. A sociedade civil no período ditatorial latino-americano se contrapunha ao Estado ditatorial, e civil era contrário à militar. Ibid., p. 55, 130.

²⁵⁴ MONTAÑO, Carlos. Obra citada, p. 123.

mas é um reflexo, uma consequência, um **produto dela**. MONTAÑO informa que a sociedade civil e a estrutura econômica são, para MARX, a mesma coisa; e o Estado, parte da superestrutura, é um resultado da sociedade civil, e não uma esfera independente e com racionalidade própria.²⁵⁵

GRAMSCI, contrariamente, entende que a sociedade civil pertence ao momento da superestrutura, e não ao da estrutura, pois retira a sociedade civil da estrutura econômica (como aparece em HEGEL e MARX) e a integra à superestrutura. Assim, a sociedade civil já não é, como em MARX, o momento das relações econômicas, mas das relações ideoculturais e políticas. Destas constatações existem interpretações que segundo MONTAÑO são forçadas:²⁵⁶

a) atribui-se a GRAMSCI uma setorialização tripartite, Estado-coerção, estrutura econômica e, entre ambos, a sociedade civil, com vida própria e autonomia. Entretanto, a superestrutura em GRAMSCI não se esgota na sociedade civil, pois a superestrutura é igual à sociedade política mais a sociedade civil, ou hegemonia reforçada pela coerção. É a sociedade política que desenvolve as funções de ditadura, coerção e dominação, por meio dos aparelhos coercitivos e repressivos, enquanto a sociedade civil tem as funções de hegemonia, consenso e direção, mediante os aparelhos privados de hegemonia. Para GRAMSCI, a sociedade política e sociedade civil formam um “par conceitual” que marca uma “unidade na diversidade”, e embora o autor insista na diversidade estrutural e funcional das duas esferas, não nega o seu momento unitário.²⁵⁷ MONTAÑO conclui que o modelo teórico de GRAMSCI não é tripartite – Estado, sociedade civil e estrutura – como supõem os autores do “terceiro setor”, mas **bipartite** – Estado amplo e estrutura econômica, “não é, portanto, setorialista, mas uma visão de totalidade”.²⁵⁸

b) A sociedade civil em GRAMSCI é superestrutural, tanto MARX quanto GRAMSCI conferem centralidade ontológica à sociedade civil, e em GRAMSCI, contrariamente a MARX e ENGELS, é possível e necessário para a revolução que

²⁵⁵ Ibid., p. 123-124.

²⁵⁶ Ibid., p. 124.

²⁵⁷ COUTINHO alerta que “embora insista sobre a diversidade estrutural e funcional das duas esferas da superestrutura, Gramsci não perde de vista o momento unitário”, pois o pensador italiano afirma que a distinção é apenas metodológica, e não orgânica, pois, na realidade efetiva, a sociedade civil e o Estado se identificam (identidade-distinção). COUTINHO, Carlos Nelson. Obra citada, 1999, p. 130.

²⁵⁸ MONTAÑO, Carlos. Obra citada, p. 124-125. Note-se que Boaventura de Souza SANTOS entende que o Estado e a sociedade civil não podem ser vistos de forma separada, como tradicionalmente é feito. SANTOS, Boaventura de Souza. Obra citada, 2000.

uma classe ainda não dominante no plano do poder político já o seja no plano ideológico. Mas há outra interpretação forçada de BOBBIO sobre GRAMSCI, de que para ele há "a primazia do político sobre o econômico, da superestrutura sobre a estrutura, a ausência de centralidade ontológica marxiana do ser social e do econômico como momento determinante da transformação social, como se Gramsci conferisse à esfera econômica um papel secundário".²⁵⁹

Na teoria política, para COUTINHO, a grande descoberta de MARX e ENGELS foi a afirmação do caráter de classe do Estado, que apenas existe quando e enquanto existir esta divisão, dessacralizando o Estado, em contraposição a HEGEL. A função do Estado, identificado com o conjunto de seus aparelhos repressivos, seria a de conservar e reproduzir tal divisão, garantindo assim que os interesses comuns de uma classe particular se imponham como o interesse geral da sociedade. MARX não pôde conhecer os grandes sindicatos, os partidos políticos de massa, os parlamentos eleitos por sufrágio universal, os jornais proletários de imensa tiragem, ao contrário da época de GRAMSCI quando surge uma esfera social nova, em países ocidentais, uma sociedade civil concebida como "aparelhos privados de hegemonia". Quando cunha o conceito de sociedade civil, GRAMSCI se afasta terminologicamente de MARX, e se aproxima, de certo modo, de HEGEL, que situava a sociedade civil entre a família e o Estado, sem ocultar a novidade do conceito gramsciano.²⁶⁰

Para Carlos Nelson COUTINHO, BOBBIO informa corretamente que há uma diferença essencial nos conceitos de sociedade civil em GRAMSCI e em MARX, pois este a indica com base material, com infra-estrutura econômica, a sociedade civil em GRAMSCI não pertence ao momento da estrutura, mas ao da superestrutura. Mas BOBBIO, segundo COUTINHO, chega a uma falsa conclusão: como em MARX a sociedade civil, a base econômica, era o fator ontologicamente primário na explicação da história, BOBBIO parece supor que a alteração efetuada por GRAMSCI o leva a retirar da infra-estrutura essa centralidade, para atribuí-la a um elemento da superestrutura, à sociedade civil (passaria a colocar na superestrutura política, e não na base econômica, o elemento determinante do processo histórico). Para COUTINHO esta interpretação de BOBBIO é equivocada, pois na verdade GRAMSCI enriquece a teoria marxista de Estado e aceita o

²⁵⁹ MONTAÑO, Carlos. Obra citada, p. 125.

²⁶⁰ "De certo modo" porque HEGEL inclui também as relações econômicas na sociedade civil. COUTINHO, Carlos Nelson. Obra citada, p. 123-126.

princípio básico do materialismo histórico.²⁶¹

Sobre o tema Carlos MONTAÑO conclui que:

Há em Gramsci (na esteira de Marx), à diferença dos autores do ‘terceiro setor’, um **caráter claramente classista na sociedade civil** – aqui se expressa a articulação das esferas sociais, ignorada por estes teóricos: a ‘sociedade civil’ gramsciana **faz parte do Estado** (*latu sensu*) que por sua vez é permeado pelos interesses e conflitos das classes sociais conformadas na estrutura econômica.

(...)

Nem nos jusnaturalistas – Hobbes, Locke, Rousseau, Kant –, nem em Hegel, em Marx & Engels, e portanto, nem em Gramsci, a ‘sociedade civil’ é carente de contradições e independente da totalidade social.

(...)

Assim sendo, o uso da noção de ‘sociedade civil’ como um ‘terceiro setor’ (autonomizado dos outros dois ‘setores’ e desgarrado da totalidade social) deriva antes do conceito do positivismo, do liberalismo vulgar, do funcionalismo, do estruturalismo, do sistemismo, e das correntes que **segmentam** a realidade social em esferas/setores autônomos. Nada tem a ver, portanto, a identificação entre sociedade civil e um suposto ‘terceiro setor’ (numa visão setorialista) com perspectivas ‘integralistas’ que os clássicos diferenciadamente dão à categoria de sociedade civil.²⁶² (Grifo nosso.)

MONTAÑO também conclui que o Estado em sentido amplo mantém a divisão da sociedade em classes, no qual torna-se necessário revestir a coerção, a dominação, a ditadura (própria da "sociedade política") de consenso, direção, hegemonia (na órbita da "sociedade civil"), o que se traduz na supremacia de uma classe. Para ele, contrariamente aos autores do "terceiro setor", a categoria de sociedade civil em GRAMSCI supõe sua **articulação** com outras categorias centrais, a **hegemonia de classe e a revolução**, e pensar o conceito gramsciano de sociedade civil **desconhecendo** sua articulação com estas questões representa um claro **reducionismo e esvaziamento** de seu pensamento.²⁶³

MONTAÑO analisa que os autores do “terceiro setor”, particularmente os latino-americanos, valendo-se da distinção gramsciana de sociedades orientais e ocidentais, entendem que reforçar o “terceiro setor” é igual a reforçar a sociedade civil, o que levaria à democratização da sociedade. Segundo ao autor é como se a **sociedade brasileira, que nunca teve, na verdade, um Estado do bem-estar**

²⁶¹ COUTINHO, Carlos Nelson. Obra citada, 1999, p. 121-123. O princípio básico do materialismo histórico é "o de que a produção e reprodução da vida cultural, implicando a produção e reprodução da vida material, implicando a produção e reprodução das relações sociais globais, é o fator ontologicamente primário nas explicações da história". Ibid., p. 123.

²⁶² MONTAÑO, Carlos. Obra citada, p. 126.

²⁶³ Sobre a articulação gramsciana sociedade civil/hegemonia/revolução, MONTAÑO cita COUTINHO, que diz que GRAMSCI amplia o conceito de Estado, mantém a característica classista e coercitiva do Estado de MARX e ENGELS, incorporando a idéia de socialização política. MONTAÑO, Carlos. Obra citada, p. 127.

social propriamente dito, representasse uma clara sociedade ocidental, com organizações da sociedade civil fortes e desenvolvidas, e como se a democratização fosse sinônimo de guerra de posições (categoria claramente classista), o que ignora a dominação das instituições políticas vigentes pela classe burguesa. Para ele as classes dominantes neoliberais vêm procurando, atualmente, conquistar a hegemonia por meio da desregulação social (desarticulando os mecanismos estatais que limitam a liberdade do mercado), **"mercantilizando" a sociedade civil**, tornando-a a mesma coisa que o mercado, constituindo uma sociedade civil (considerada como o não-estatal) caracterizada por uma cidadania de "livres" possuidores/consumidores. Contra o ideário neoliberal do "terceiro setor" estão as classes subalternas, que segundo COUTINHO têm vistas à progressiva construção de uma sociedade socialista, e que exige **não a minimização do Estado**, mas sua **radical democratização**.²⁶⁴

A ampliação do "terceiro setor", como analisa MONTAÑO, revela a clara funcionalidade desta proposta com o projeto neoliberal, consolida-se na despolitização operada neste setor, na retirada das contradições de classe, na sua desarticulação com as esferas estatal e infra-estrutural, com uma lógica "liberal-corporativa" e supostamente "democratizadora". Essa ampliação dá como fato a retirada do Estado das respostas à questão social e à flexibilização ou esvaziamento dos direitos sociais,²⁶⁵ econômicos e políticos, historicamente conquistados e garantidos pelo Estado democrático de direito nos países centrais, e na maior precarização descentralização e focalização da já reduzida intervenção social do Estado nos países periféricos. Há, conforme o autor, um **desconhecimento de que a sociedade civil é uma arena privilegiada das lutas de classes pela hegemonia**: "a nossa é mais uma sociedade civil 'gelatinosa' e pouco organizada; o seu fortalecimento não resulta da ampliação de organizações dóceis e supraclassistas, mas das organizações principalmente articuladas às classes trabalhadoras".²⁶⁶

Conclui que uma luta operada no "terceiro setor" que ignore a correlação de

²⁶⁴ MONTAÑO, Carlos. Obra citada, p. 128-129.

²⁶⁵ "Para legitimar o esvaziamento dos direitos sociais e particularmente o recorte das políticas sociais: fomenta-se, a partir das 'parcerias', o crescimento (e a imagem de 'passagem compensatória') da atividade do chamado 'terceiro setor', essa miscelânea de indivíduos, empresas, ONGs". MONTAÑO, Carlos. Obra citada, p. 225.

²⁶⁶ MONTAÑO, Carlos. Obra citada, p. 129. Pedro DEMO alerta que a sociedade civil tende a ser aquela parte majoritária disparatada e entregue às minorias organizadas, como massa de manobra. DEMO, Pedro. *Pobreza política*, 6ª ed. Campinas: Autores Associados, 2001, p. 60.

forças, e que esteja em autonomia das lutas nas demais esferas da sociedade é claramente funcional ao projeto das classes hegemônicas, e a identificação da sociedade civil em GRAMSCI com o “terceiro setor” **não** incorpora a sua visão de totalidade social, **segmentando** a realidade em três esferas isoladas, autônomas, e seguem mais a equivocada interpretação de BOBBIO do que as reais convicções de GRAMSCI, a primazia do político sobre o econômico, e desarticulam a sua relação entre sociedade civil, Estado, economia, hegemonia e revolução.²⁶⁷ O “terceiro setor”, segundo Carlos Nelson COUTINHO, está “falsamente situado para além do Estado e do mercado”.²⁶⁸

Adotamos, neste estudo, as posições de Antonio GRAMSCI para, assim como fazem Carlos Nelson COUTINHO e Carlos MONTAÑO, estabelecer uma crítica negativa quanto ao ideário do “terceiro setor” adotado nos países periféricos e semi-periféricos, reflexo do pensamento único neoliberal. Neste sentido, após aclarar o ideário de sociedade civil em GRAMSCI, adentraremos no tema “terceiro setor” propriamente dito.²⁶⁹

2.2. O “TERCEIRO SETOR”

“Doar é um instrumento de poder. A superexposição de seres humanos em degradantes condições de vida, faz extravasar sentimentos e emoções. Sente-se nojo, espanto, piedade, carinho, felicidade e, por fim, alívio. E ainda faz uma boa dieta na consciência.”²⁷⁰

Sérgio Bianchi

²⁶⁷ Ibid., p. 130. GRAMSCI não deixou de pensar no desaparecimento do Estado, quando diz que “não se pode criar um direito constitucional do tipo tradicional, mas só um sistema de princípios que afirma como objetivo do Estado o seu próprio fim, o seu desaparecimento, a reabsorção da sociedade política pela sociedade civil”. GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, a Política e o Estado Moderno*, 6ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1988, p. 102. O autor reforça seu ideal: “Uma classe que se ponha a si mesma como passível de assimilar toda a sociedade e, ao mesmo tempo, seja realmente capaz de exprimir este processo leva à perfeição esta concepção do Estado e do direito, a ponto de conceber o fim do Estado e do direito, tornados inúteis por terem esgotado sua missão e sido absorvidos pela sociedade civil”. GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*, vol. 3. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000, p. 271. BOBBIO lembra que GRAMSCI chama a sociedade sem Estado de “sociedade regulada”, que resulta da ampliação da sociedade civil, do momento de hegemonia, até eliminar todo o espaço ocupado pela sociedade política. BOBBIO, Norberto. Obra citada, p. 70.

²⁶⁸ COUTINHO, Carlos Nelson. *Gramsci e a sociedade civil*. In: Sítio Gramsci e o Brasil. www.artnet.com.br/gramsci. Acesso em 17/01/2006. Sobre GRAMSCI ver BUCI-GLUCKSMANN, Christine. *Gramsci e o Estado*, 2ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1980.

²⁶⁹ Gilberto DUPAS entende que o conceito de sociedade civil acabou sendo absorvido pelo mercado e não pelo Estado, e ainda passou a aspirar a ser um lugar do não-conflito, no qual os interesses contraditórios não aparecem, reduzindo-a ao âmbito dos atores privados: “Privatiza-se o público, mas não se publiciza o privado”. DUPAS, Gilberto. *Tensões contemporâneas entre o público e o privado*. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 12, 19.

²⁷⁰ QUANTO VALE OU É POR QUILO?. Obra citada.

Várias são as definições do chamado "terceiro setor", existindo na atualidade muita discussão sobre quem o compõe, se o termo é correto, quais seriam suas funções, se o seu papel é a substituição do Estado na prestação dos serviços sociais, quais os títulos existentes no ordenamento jurídico e como eles seriam concedidos, etc. São estas e outras questões que tentaremos aclarar neste tópico.²⁷¹

2.2.1. Definição do "terceiro setor"

Boaventura de Souza SANTOS define "terceiro setor" como "uma designação residual e vaga com que se pretende dar conta de um vastíssimo conjunto de organizações sociais que não são nem estatais nem mercantis", "privadas", que "não visam fins lucrativos", e são "animadas por objectivos sociais, públicos ou coletivos".²⁷²

Para Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA "terceiro setor" é o conjunto de atividades voluntárias desenvolvidas por organizações privadas não-governamentais e sem ânimo de lucro (associações e fundações), realizadas em prol da sociedade, independentemente dos demais setores (Estado e mercado), embora deles possa firmar parcerias e receber investimentos (públicos e privados).²⁷³

José Eduardo Sabo PAES conceitua "terceiro setor" como "o conjunto de organismos ou instituições sem fins lucrativos dotados de autonomia e

²⁷¹ Os números são contraditórios quanto à quantidade de entidades do "terceiro setor" no Brasil, e quantas delas têm títulos ou qualificações. O último levantamento do IBGE, de 2002, mostra que das aproximadamente 500.000 pessoas jurídicas sem fins lucrativos no Brasil (incluindo partidos políticos, sindicatos, etc.), existem quase 276.000 fundações privadas e associações sem fins lucrativos. Carlos MONTAÑO cita 400 mil ONGs e 4 mil fundações, segundo a Revista Exame em 2000. José Eduardo Sabo PAES cita a existência de 230 mil entidades sem fins lucrativos, das quais apenas 100 mil de interesse público. Maria Nazaré Lins BARBOSA informa que atualmente, das 219 mil entidades sem fins lucrativos inscritas no CNPJ, com mais de 2 mil qualificadas como OSCIPs, cerca de 10 mil como de utilidade pública, cerca de 5 mil com o CEBAS. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *As fundações privadas e associações sem fins lucrativos no Brasil*. Estudos e pesquisas Informação Econômica nº 4. Rio de Janeiro, 2002. MONTAÑO, Carlos. Obra citada, p. 14. PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*, 5ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 100. BARBOSA, Maria Nazaré Lins. *A experiência dos termos de parceria entre o Poder Público e as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs)*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 496.

²⁷² SANTOS, Boaventura de Souza. Obra citada, 1998, p. 05. Sobre o "terceiro setor" recomendamos leitura obra PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). *O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

²⁷³ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Obra citada, p. 465.

administração própria que apresentam como função e objetivo principal atuar voluntariamente junto à sociedade visando ao seu aperfeiçoamento".²⁷⁴ Conforme o autor e os demais defensores do ideário do "terceiro setor", este não faz parte nem do "primeiro setor", que seria o Estado, nem do "segundo setor", que seria o mercado, composto por entes privados com fins lucrativos ou empresariais.²⁷⁵

Vital MOREIRA trata da tripartição dos setores econômicos,²⁷⁶ o setor privado, o setor público e o "terceiro setor", este último um híbrido dos setores público e privado, "um sector intermediário entre o Estado e o mercado", um produto do descomprometimento do Estado em relação aos serviços públicos que a teoria do Estado-providência e do Estado social tinham acarretado e que a voragem neoliberal dos anos 80 veio repelir; do emagrecimento do setor público e da assunção de tarefas públicas por entidades privadas.²⁷⁷

Leandro Marins de SOUZA ensina que "o Terceiro setor é toda ação, sem intuito lucrativo, praticado por pessoa física ou jurídica de natureza privada, como expressão da participação popular, que tenha por finalidade a promoção de um direito social ou seus princípios".²⁷⁸

2.2.1.1. As organizações não-governamentais - ONGs

As organizações não-governamentais surgiram com a exata função e a meta de assessorar os movimentos sociais.²⁷⁹ Elas não representam um tipo de pessoa jurídica, sendo apenas um "nome fantasia"²⁸⁰ e, quando existirem como pessoas jurídicas no Brasil, serão associações ou fundações.²⁸¹ Uma organização é considerada como ONGs, ao contrário das demais entidades sem fins lucrativos,

²⁷⁴ PAES, José Eduardo Sabo. Obra citada, p. 98-99.

²⁷⁵ É importante não ser confundido o "terceiro setor" com o setor terciário na economia, que são as atividades de serviços, ao contrário do setores primário (agricultura) e secundário (indústria).

²⁷⁶ O autor diferencia esta tripartição da classificação tripartida dos tipos de coordenação econômica (mercado, Estado e associação).

²⁷⁷ MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 33.

²⁷⁸ SOUZA, Leandro Marins de. Obra citada, p. 96. Muito interessante também é a sua análise histórica do "terceiro setor" nas constituições brasileiras. Ibid., p. 75-93.

²⁷⁹ PRESSBURGER, Thomas Miguel. *ONGs e cidadania*. In: GONÇALVES. Hebe Signorini (Org.). *Organizações não governamentais: solução ou problema*. São Paulo: Estação Liberdade, 1996, p. 98.

²⁸⁰ Expressão utilizada por SOUZA, Leandro Marins de. Obra citada, p. 118.

²⁸¹ Simone de Castro Tavares COELHO acredita que há diferença entre as ONGs e as associações, mas não no enquadramento jurídico. COELHO, Simone de Castro Tavares. *A legislação brasileira sobre organizações do terceiro setor*. In: MEREGE, Luiz Carlos. *Terceiro setor: reflexões sobre o marco legal*. Rio de Janeiro: FGV, 2001, p. 131.

quando forem mais politizadas, mais atuantes na defesa e construção de direitos²⁸², ou quando lutarem pela melhor qualidade de vida da população,²⁸³ sendo excluídas deste conceito as entidades sem fins lucrativos de benefício mútuo.²⁸⁴

Ressaltamos que o termo "ONG" (non-governmental organizations - NGO) teve seu reconhecimento internacional na Carta das Nações Unidas, elaborada na cidade de São Francisco/EUA, em 26 de junho de 1945, art. 71.²⁸⁵

O Conselho Econômico e Social poderá entrar em entendimentos convenientes para a consulta com **organizações não governamentais** que se ocupem de assuntos no âmbito da sua própria competência. Tais entendimentos poderão ser feitos com organizações internacionais e, quando for o caso, com organizações nacionais, depois de efetuadas consultas com o membro das Nações Unidas interessado no caso. (Grifo nosso.)

Sobre as ONGs, Michel HARDT e Antonio NEGRI ensinam:

As **forças mais novas e talvez mais importantes da sociedade civil** global chamam-se organizações não governamentais (ONGs). O termo ONG não recebeu uma definição rigorosa, mas podemos defini-lo como qualquer organização que pretenda **representar o Povo e trabalhar em seu interesse**, à parte das estruturas do estado (e geralmente contra ele). Para muita gente, com efeito, as ONGs são sinônimo de 'organizações do povo' porque o interesse do Povo é definido como distinto do interesse do Estado.

(...)

Alguns **críticos** sustentam que as ONGs, por estarem fora do poder do Estado e geralmente em conflito com ele, são compatíveis com o projeto **neoliberal** de capital global e o ajudam. Enquanto o capital global ataca os poderes do Estado-nação de cima, dizem eles, as ONGs funcionam como "estratégia paralela de baixo" e apresentam a "face comunitária" do neoliberalismo. De fato, pôe ser verdade que as atividades de **muitas ONGs sirvam para promover o projeto neoliberal de capital global**, mas é preciso ter o cuidado de assinalar que isso não define, adequada e categoricamente, as atividades das ONGs. O fato de ser não governamental, ou mesmo de se opor aos poderes dos Estados-nação, não basta para pôr essas organizações do lado dos interesses do capital. **Há muitas maneiras de estar fora do Estado e a ele se opor, e o projeto neoliberal é apenas uma delas.**

Para a nossa argumentação, e no contexto do Império, estamos mais interessados num subconjunto de ONGs que se esforcem para representar os últimos entre nós, aqueles que

²⁸² Rubens César FERNANDES ensina que existem a família mais ampla das entidades sem fins lucrativos, e um tipo mais específico são as ONGs, mais politizado, com forte componente de "advocacy". FERNANDES, Rubens César. *As organizações não governamentais diante do Estado*. In: GONÇALVES, Hebe Signorini (Org.). *Organizações não governamentais: solução ou problema*. São Paulo: Estação Liberdade, 1996, p. 65.

²⁸³ Domingos Bernardo SÁ entende que apenas as entidades que buscam a melhoria das condições de vida da população podem ser consideradas como ONGs, descartando, por exemplo, que uma entidade de lojistas sem fins lucrativos seja uma ONG. SÁ, Domingos Bernardo. *Conceitos e reflexões jurídicas*. In: GONÇALVES, Hebe Signorini (Org.). *Organizações não governamentais: solução ou problema*. São Paulo: Estação Liberdade, 1996, p. 40, 41.

²⁸⁴ Apenas lembramos que para alguns, ONG é uma designação genérica das entidades que integram o "terceiro setor". MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. *Orientações e providências preliminares para fundações e entidades do terceiro setor*. Curitiba: Fundação Ecumênica de Proteção ao Excepcional, 2005, p. 28.

²⁸⁵ Conforme Carla BEUX, as ONGs surgiram com a lei francesa nº 1, de julho de 1901, que oficializou a liberdade de associação. BEUX, Carla. *As formas de compatibilização da atuação do Estado no domínio econômico, o terceiro setor e o desenvolvimento social, sustentável*. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Paraná. 2003, p. 130.

não podem se representar a si próprios. Essas ONGs, às vezes caracterizadas genericamente como **organizações humanitárias**, estão de fato entre as mais fortes e eminentes na ordem global contemporânea. Seu mandato **não consiste**, a rigor, em promover os **interesses particulares** de qualquer grupo delimitado, mas sim em **representar diretamente interesses humanos globais e universais**.²⁸⁶ (Grifo nosso.)

Após estas breves considerações sobre as ONGs, passemos para o histórico do "terceiro setor".

2.2.2. Histórico do "terceiro setor"

É impreciso o momento do aparecimento da sociedade civil. Também é questionável quando surgiram as organizações representativas da sociedade civil. Apenas nos séculos XV a XIX foram formadas as instituições de beneficência, caridade e filantropia, quando no Brasil surgiram as Santas Casas de Misericórdia e a Cruz Vermelha.²⁸⁷

Boaventura de Souza SANTOS informa que o "terceiro setor" surgiu no século XIX nos países centrais, principalmente na Europa, como alternativa ao capitalismo, com raízes ideológicas heterogêneas, do socialismo ao liberalismo. Entretanto, os movimentos socialistas e comunistas abandonaram cedo os preceitos e objetivos da chamada "economia social" em favor de outros considerados mais avançados e mais eficazes na construção de uma alternativa ao capitalismo.²⁸⁸

Os novos movimentos sociais e suas organizações não-governamentais vinculadas apareceram nas décadas de 60 e 70 do século XX, sendo que no Brasil estas organizações surgiram apenas com a redemocratização paulatina nas décadas de 70 e 80. Nesta época os movimentos sociais e as ONGs tinham estratégia de enfrentamento/negação ou de demanda/pressão contra o (ou dirigida) ao Estado, com financiamento externo menos condicionado.²⁸⁹ Com o fim das ditaduras e a crescente retirada da ajuda de agências internacionais, muitos dos movimentos entram em crise.

Mas apenas no final de década de 70 e início da de 80, surgiu o termo "terceiro setor" e conseqüentemente as entidades que o compõem, que tomou força

²⁸⁶ HARDT, Michael e NEGRI, Antonio. *Império*, 6ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 333, 334.

²⁸⁷ Saliente-se que os séculos e décadas aqui explanados podem ser alterados de país para país, dependendo de sua realidade histórica.

²⁸⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. Obra citada, 1998, p. 06.

²⁸⁹ MONTAÑO, Carlos. Obra citada, p. 145, 146.

com o discurso de que o Estado social não tinha mais condições de executar diretamente determinados serviços à população.²⁹⁰ No Brasil a utilização do "terceiro setor" como prestador de serviços antes executados diretamente pelo Estado ocorreu apenas na década de 90, com os Governos de Fernando COLLOR DE MELLO e Fernando Henrique CARDOSO, principalmente a partir da edição do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado em 1995. Informa MONTAÑO que surgem as chamadas parcerias ou articulações com o Estado, com a busca de financiamento nacional do Estado ou da "empresa cidadã", ou de "autofinanciamento", incorporando uma lógica gerencial e empresarial.²⁹¹

Jussara Maria Moreno JACINTHO alerta que a luta de classes dá lugar ao embate para incorporação da concepção de mundo da mulher, do homossexual, do negro, e de todas as categorias que vão se firmando no horizonte do "terceiro setor".²⁹² Para Maria da Glória GOHN, nos anos 90 as atividades de militância política, via pressões sociais, passaram para segundo lugar, e as atividades produtivas ganharam centralidade no dia-a-dia. Atualmente, para a autora, as ONGs estão mudando de nome para simplesmente "terceiro setor".²⁹³

2.2.3. Considerações gerais sobre o "terceiro setor"

²⁹⁰ MONTAÑO analisa que os movimentos sociais das décadas de 70 e 80, surgem a eles vinculados ONGs, mas com os regimes democráticos pós-ditaduras, e a retirada aos poucos das agências internacionais, muitos destes movimentos entram em crise. É substituído o velho militante do movimento social dos anos 70-80 pelo novo militante da ONG dos anos 90, menos politizadas, mais empresariais, voltadas para o autofinanciamento e procura de parcerias no sentido de obter fundos, o que acaba fundindo e confundindo o movimento social e a ONG. Com a queda do muro de Berlim e a crise do chamado socialismo real, instaura-se a cultura do possibilismo, "descarta-se o socialismo como horizonte, desconsidera-se uma forte intervenção do Estado (tido como ineficiente, corrupto e em crise), aceita-se a realidade atual (capitalista sob a 'globalização' e sob os princípios neoliberais)". MONTAÑO, Carlos. Obra citada, p. 139, 140.

²⁹¹ MONTAÑO, Carlos. Obra citada, p. 145, 146. O "terceiro setor", segundo Joaquim FALCÃO, "relaciona-se, inclui, sobrepõe-se, confunde-se, e se dilui muitas vezes na sociedade civil organizada, por exemplo, nos movimentos sociais, na filantropia empresarial e em tanto mais". Alerta que se o século XIX foi o século da organização e expansão dos Estados nacionais, o século XX foi o da mobilização, organização, expansão e fortalecimento da sociedade civil, pois "nunca as relações entre Estado e sociedade, entre autoridade e cidadão, sofreram alterações tão intensas e significativas". FALCÃO, Joaquim. Obra citada, p. 14, 19 e 20. O autor ainda alerta que o crescimento do "terceiro setor" e da presença e atuação da sociedade civil é o resultado da insuficiência dos partidos políticos e da própria democracia representativa. Entende que na Constituição de 88 há os três modelos de democracia, a direta (plebiscitos e referendos), a representativa (partidos e eleições) e a democracia participativa (estimula a criação de conselhos, leis como o Estatuto da Cidade, etc), e que o ideal é a "democracia concomitante". Ibid., p. 87.

²⁹² JACINTHO, Jussara Maria Moreno. *A participação popular e o processo orçamentário*. Leme/SP: De Direito, 2000, p. 28.

²⁹³ GOHN, Maria da Glória. *Educação não-formal e cultura política: impactos sobre o associativismo do terceiro setor*, 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 77, 82.

Muitos autores, quando tratam do "terceiro setor", expressam opiniões bastantes favoráveis ao momento atual de desresponsabilização do Estado sobre as questões sociais e repasse dos serviços sociais ao "terceiro setor". Outros apenas informam a realidade contemporânea sem, necessariamente, tecerem críticas favoráveis ou desfavoráveis. Há ainda posicionamentos que defendem a sociedade civil organizada, mas que não concluem que em muitos momentos a sociedade civil é utilizada como prestadora de serviços sociais numa realidade neoliberal.²⁹⁴

Neste tópico exporemos algumas considerações gerais dos doutrinadores sobre o "terceiro setor", para que apenas adiante façamos as críticas referentes ao ideário atual.

Rogério Gesta LEAL informa que prevalece "ao longo das últimas décadas, a perspectiva de que os governos e gestores públicos, **efetivamente democráticos**, são aqueles que buscam garantir um alto nível de engajamento e participação cívica nas ações de **constituição** de políticas públicas e de **atendimento** de demandas prioritárias comunitárias".²⁹⁵ (Grifo nosso.) Ou seja, o ator defende que a democracia será melhor atendida não apenas com a participação da sociedade civil na formulação das políticas, mas também na prestação dos serviços. Em sentido semelhante Carla BEUX, que aduz que o "terceiro setor" é um "potencializador do resgate do processo democrático-deliberativo e do resgate da cidadania, além de apresentar uma proposta de ampliação das possibilidades de trabalho e de inclusão social".²⁹⁶

Como analisaremos mais adiante, atualmente as entidades do "terceiro setor" são utilizadas para fins de prestação de serviços sociais, não tendo mais as ONGs um papel questionador. Para explicar o motivo da falta de combatividade das entidades do "terceiro setor" na atualidade, principalmente junto ao Estado, Joaquim FALCÃO aduz que "difícilmente o Estado fará transferências diretas para entidades que buscam processar ou limitar o próprio Estado! Desse altruísmo ainda não temos notícias".²⁹⁷ O autor não tem dúvida de que o Estado deve incentivar o "terceiro

²⁹⁴ Sobre a realidade espanhola e europeia do "terceiro setor", recomendamos: GÓMEZ, Manuel Herrera. *El tercer sector em los sistemas de bienestar*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998; GÓMEZ, Manuel Herrera. *La especificidad organizativa del tercer sector: tipos y dinámicas*. In: www.bib.uab.es. Acesso em 28/01/06.

²⁹⁵ LEAL, Rogério Gesta. Obra citada, p. 183.

²⁹⁶ BEUX, Carla. Obra citada, p. 170.

²⁹⁷ Para um controle maior das entidades do terceiro setor que recebem verbas públicas, está em discussão no Congresso Nacional a criação de lei que regulamenta o setor, inclusive com a criação do Cadastro Nacional de ONGs (PL nº 07/2003, do Senado e PL nº 3.877/04, da Câmara dos Deputados).

setor", o que para ele não é uma questão teórica, mas decisão pragmática, e que neste sentido há uma "unanimidade" internacional do dever de fomentar: "não há grande discussão quanto à conveniência de o Estado fomentar diretamente as entidades. Ele faz e pronto. E o faz porque convém: as entidades muitas vezes se revelam mas flexíveis, eficientes e baratas".²⁹⁸ O ditado popular diz que "toda a unanimidade é burra". Neste sentido, somos vozes discordantes desta quase "unanimidade" citada por FALCÃO, cujo ideário é de fuga do regime jurídico administrativo.

Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA e Fernando Borges MÂNICA, sobre o novo modelo do Estado, entendem que há indícios suficientes de que a tarefa principal do Estado contemporâneo não mais é a de realizar diretamente ações tendentes à satisfação das necessidades coletivas, pois o Estado deve ser o responsável primário pelo desenvolvimento dos indivíduos, da sociedade e do país, por meio da realização de **parcerias** com a iniciativa privada e com a sociedade civil. Por dois motivos, segundo eles: porque se assiste atualmente a uma **repartição das responsabilidades** entre Estado, iniciativa privada (responsabilidade social empresarial) e sociedade ("terceiro setor"); e porque a **universalidade** da prestação direta de serviços públicos ou de benefícios de assistência social pelo Estado pode estar **restrita** a determinados serviços e benefícios, **sem a idéia de totalidade mas sim de segmentação e focalização**.²⁹⁹

Também em defesa do ideário do "terceiro setor", Leopoldo COSTA JÚNIOR argumenta que "a sociedade civil pode se organizar de maneira **mais eficiente** e fornecer certos tipos de bens que as empresas privadas não têm interesse em fornecer por serem bens públicos ou por não apresentarem perspectivas lucrativas e que o Estado, por outro lado, se vê impossibilitado de fazer, seja por uma **restrição orçamentária**, seja por uma **incapacidade ou incompetência** administrativa".³⁰⁰ (Grifo nosso.)

Roberto Paulo Cezar de ANDRADE, ao defender um governo reduzido em suas dimensões e uma economia fundada em princípios do mercado, entende que

²⁹⁸ FALCÃO, Joaquim. Obra citada, p. 155, 156, 158.

²⁹⁹ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de, MÂNICA, Fernando Borges. Obra citada, 2005, p. 5209-5351. Gilberto DUPAS aduz que o Estado, ao se fragmentar em múltiplas instâncias decisórias, deixa de desempenhar o papel de centro de coordenação capaz de induzir com legitimidade uma direção ao conjunto social ou uma finalidade comum entre os atores. DUPAS, Gilberto. Obra citada, p. 19.

³⁰⁰ COSTA JÚNIOR, Leopoldo. *Terceiro setor e economia social*, Cadernos do III setor nº 2, abril/98, Fundação Getúlio Vargas *apud* ALVES, Francisco de Assis. Obra citada, 2000, p. 156.

deve existir uma forte ação da cidadania participativa, “isto é, de pessoas e entidades que, sem buscar poder político ou resultados monetários”, atuem pelo bem comum.³⁰¹

Augusto de FRANCO entende que o ideário do “terceiro setor” têm tudo para “pegar”, face a “no plano global, a emergência da sociedade-rede, a expansão de uma nova esfera pública não-estatal, a mudança do padrão de relação Estado-Sociedade, a crise do Estado-Nação e a falência do estatismo como ideologia capaz de servir de referencial para a ação dos atores políticos no século XXI”. Mas alerta que “se o terceiro setor **ficar sempre dependendo apenas do Estado jamais adquirirá maioria política**”.³⁰² (Grifo nosso.)

Jair Lima SANTOS aduz que o “terceiro setor” significa o fortalecimento da sociedade civil em contraponto à iniciativa pública de controle social, que compromete a participação popular ao ditar regras.³⁰³

Belmiro Valverde Jobim CASTOR também é favorável que as ONGs implementem programas e políticas públicas relativos aos serviços sociais não exclusivos.³⁰⁴

Quando trata das relações entre o Estado e a sociedade, Odete MEDAUAR ensina que estas repercutem no Direito Administrativo e no Estado do século XX: “a máquina administrativa cresceu em quantidade e complexidade. Floresceram inúmeras entidades e associações privadas que exercem contínua pressão sobre os poderes estatais na busca de realização dos interesses que defendem” e estas transformações “acarretam a atenuação da distância entre Estado e sociedade, agora vinculados e condicionados por número crescente de inter-relações”, acarretando “novos mecanismos nas atividades administrativas”, como, por exemplo, “as parcerias entre a Administração e particular, as mediações entre grupos da sociedade”.³⁰⁵

Marçal JUSTEN FILHO entende que a função administrativa pública não é monopolizada pelo Estado, pois também pode ser desempenhada por entidades

³⁰¹ ANDRADE, Roberto Paulo Cezar de. *Cidadania participativa*, p. 12-13 *apud* ALVES, Francisco de Assis. Obra citada, 2000, p. 158.

³⁰² FRANCO, Augusto de. *Prefácio à primeira e à segunda edição* da obra “OSCIP – Organização da sociedade civil de interesse público: a lei 9.790/99 como alternativa para o terceiro setor”, 2ª edição. Brasília: Comunidade Solidária, 2002, p. 19, 23.

³⁰³ SANTOS, Jair Lima. *Tribunal de Contas da União & Controles Estatal e Social da Administração Pública*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 105.

³⁰⁴ CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. Obra citada, p. 268.

³⁰⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 9ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 29.

não estatais, existindo a função administrativa governamental e a não governamental. Para ele, que pelo o que percebemos é contrário à tese do Estado ampliado de GRAMSCI, "um ponto fundamental reside em reconhecer que o **Estado Democrático não absorve a sociedade civil**", pois "as instituições estatais, que concentram o poder político, não eliminam as estruturas sociais autônomas, cuja existência não se deve à vontade dos governos". Enfim, "**numa democracia, a sociedade permanece à margem do Estado**", para que aquela possa promover a fiscalização e o controle deste, "mas também quanto à promoção da satisfação das necessidades coletivas. Ou seja, a diferenciação entre Estado e sociedade é relevante para fins políticos, porque é essencial à democracia. Mas é também relevante para a promoção dos direitos fundamentais". (Grifo nosso.) Para JUSTEN FILHO:

"A sociedade tornou-se muito mais complexa para que as suas necessidades sejam satisfeitas exclusivamente por parte do Estado. A cidadania impõe que os indivíduos e as empresas se organizem e atuem concretamente para minorar os problemas e combater as carências. A dignidade humana e a solidariedade são compromissos da Nação consigo mesma, e não um fardo a ser carregado apenas pelas instituições governamentais."³⁰⁶

Observe-se que quando defendemos um Estado atuante na execução direta dos serviços sociais, não propugnamos que ele execute todo os serviços sociais, em qualquer situação. Entretanto, verificamos que a tendência atual é de repasse de quase todos os serviços sociais para as entidades privadas, mesmo em Estados onde nunca existiu um "Estado social" de fato. Para muitos esta é uma visão ultrapassada. Augusto de FRANCO aduz que o "terceiro setor" só não é mais forte no Brasil porque alguns, "na contramão das mudanças que ocorrem no plano mundial", entendem que o Estado tem o monopólio do público; outros que estas entidades apenas querem burlar o fisco; outros, ainda, segundo o autor, por ideologia, têm uma "visão ultrapassada da realidade", de existências apenas de Estado e Mercado, seria o "novo pensamento de direita" de Margaret Thatcher, que "aproxima seus representantes da velha esquerda", pois "nos países do chamado socialismo real, também não se acreditava em Sociedade Civil". Por fim, relata que ainda existem as entidades com a "velha tradição estatista", que "reivindicam ser financiadas pelo Estado", que "vai terceirizar para a Sociedade Civil".³⁰⁷

³⁰⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, 2005, p. 30.

³⁰⁷ Obra citada, p. 13, 14.

Marçal JUSTEN FILHO entende que fazem parte do "terceiro setor" as entidades não estatais exercentes de atividades administrativas, pois têm função administrativa pública não governamental. Entretanto, alerta o autor que as atividades desenvolvidas fora dos limites da estrutura estatal devem ser disciplinadas pelo direito: "A generosidade inerente à atuação não estatal de interesse coletivo não dispensa controle jurídico", e "existindo organizações estruturadas de modo estável e permanente para promover a satisfação de interesses coletivos e os direitos fundamentais, haverá a aplicação dos princípios do direito administrativo". Portanto, nestas entidades, que muitas vezes desempenham atividade onerosa, recebendo vantagens provenientes dos cofres públicos, mesmo que não visem lucro "a gestão desses recursos se sujeita aos mesmos instrumentos de controle aplicáveis à atuação estatal". Conclui que por mais que estas organizações não façam parte da Administração Pública, não significa ausência de incidência de princípios, regras e formalidades próprias do direito público.³⁰⁸ Por isso há a necessidade, também, do estudo das parcerias entre o Estado e o "terceiro setor", com o intuito de definir com clareza o regime jurídico dos vários instrumentos existentes, em face ao nosso ordenamento jurídico.

2.2.4. A inadequação da expressão "terceiro setor"

A termo "terceiro setor" surgiu na década de 70 do século XX nos Estados Unidos da América.³⁰⁹ Há muitos questionamentos sobre a utilização desta expressão, sendo que um deles já tratamos quando analisamos que na verdade não há esta "setorialização" entre Estado e sociedade civil.

Entretanto, discute-se também se realmente o Estado seria o primeiro setor, o mercado o segundo setor e sociedade civil o "terceiro setor". Romeu Felipe BACELLAR FILHO tem ressalvas em relação ao termo, e observa que se existe um

³⁰⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, 2005, p. 30-31, 130-131.

³⁰⁹ Simone de Castro Tavares COELHO informa que o termo "terceiro setor" (*third sector*) foi utilizado pela primeira vez por pesquisadores nos Estados Unidos na década de 70, e a partir da década de 80 por pesquisadores europeus. COELHO, Simone de Castro Tavares. Obra citada, 2002, p. 58. Citando LANDIM e IOSCHPE, Carlos MONTAÑO informa que o "terceiro setor" tem procedência norte-americana, em 1978, cunhado por John D. ROCKEFELLER III (sistema de três setores – *three sector system*), e no Brasil por intermédio de um funcionário da Fundação Roberto Marinho: "foi cunhado por intelectuais orgânicos do capital", "como se o 'político' pertencesse à esfera estatal, o 'econômico' ao âmbito do mercado e o 'social' remetesse apenas à sociedade civil, num conceito reducionista". O autor informa ainda que o "terceiro setor" vem, nas décadas de 80 e 90, como uma superação da dualidade público/privado e da equiparação público/estatal. MONTAÑO, Carlos. Obra citada, p. 53, 54.

setor intermediário entre o Estado (primeiro) e o mercado (segundo), este não seria um "terceiro setor".³¹⁰ Carlos Nelson COUTINHO é claro ao analisar que o neoliberalismo e o ideário do "terceiro setor" alimenta a idéia de que a sociedade civil é algo além do Estado e do mercado. Para ele não é, sociedade civil é Estado, é política.³¹¹ Para Carlos MONTAÑO, utilizando dos ensinamentos de ENGELS e informando que RIFKIN tem a mesma posição, o "terceiro setor" na verdade seria o "primeiro setor", pois se este é identificado como sociedade civil, é ela que produz suas instituições, há "primazia histórica da sociedade civil sobre as demais esferas".³¹² Conforme Simone de Castro Tavares COELHO, para a maioria dos autores norte-americanos o mercado é o primeiro e o governo é o segundo setor, pois o mercado foi o primeiro a se construir historicamente.³¹³

Outra crítica realizada sobre o termo é que ele é vago, simplista, e incapaz de contribuir para a identificação dos atores que o compõem. Segundo MONTAÑO, o termo "terceiro setor" é uma conceituação que antes **confunde** do que esclarece, pois mescla diversos sujeitos com aparentes igualdades nas atividades, porém com interesses, espaços e significados sociais diversos, contrários e até **contraditórios**, pois integrariam o setor as ONGs, organizações sem fins lucrativos – OSFL, as

³¹⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Terceiro Setor, Administração Pública e os Direitos do Cidadão*. Palestra proferida em 27 de agosto de 2005, no 1º Encontro Paranaense do 3º Setor, em Curitiba/PR.

³¹¹ COUTINHO, Carlos Nelson. *Entrevista*. Por Emiliano José e José Corrêa Leite. In: Revista Teoria e Debate nº 51, jun/jul/ago 2002.

³¹² MONTAÑO, Carlos. Obra citada, p. 54.

³¹³ COELHO, Simone de Castro Tavares. Obra citada, p. 39. A autora ainda trata sobre três correntes existentes nos Estados Unidos, que segundo ela divergem sobre o tamanho do Estado quando tratam do "terceiro setor": uma primeira vertente representada por OSBORNE & GAEBLER, identificada com a Administração CLINTON/GORE; a segunda é o localismo representada por EGGERS & O'LEARY, por uma redução mais drástica das atividades governamentais do que a vertente anterior, a qual encontra ressonância no Partido Republicano; e a terceira, representada por BERGER & NEUHAUS, que não pretende desmontar o *welfare state*, mas sim criar estruturas mediadoras (associações de bairro, família, Igreja, etc.) entre ele e a sociedade civil, que nem todas as ONGs são estruturas mediadoras, que algumas estruturas mediadoras têm um papel nefasto na sociedade, como a máfia e a Ku Klux Klan e, por fim, defende o sistema de *vouchers* (forma de transferir a distribuição de recursos aos indivíduos, por meio de comprovante de pagamento e, em vez de o governo construir, montar e manter escolas, por exemplo, distribuiria recursos para as pessoas físicas, que escolheriam a escola particular que mais lhe aprouvesse). Ibid., p. 45-56. Não vemos grandes diferenças de fundo nestas três vertentes, sendo todas elas restritivas quanto ao ideário do Estado social e aparentemente neoliberais. Carolina ANDION estabelece uma nova divisão, a qual não adotaremos, mas que é interessante informar. Para ela, as organizações que atuam no campo social são divididas em 3 grupos: Economia Social (se aproximam mais do mercado, como as cooperativas e mutuais de crédito); Terceiro Setor (se aproximam do Estado, como os institutos, as fundações empresariais e públicas, ONGs internacionais e intermediárias); e Economia Solidária (se aproximam da sociedade civil, como as associações civis de caráter público, organizações comunitárias, organizações voluntárias, ONGs de atuação social direta e organizações filantrópicas). Apud, VILLAS BOAS NETO, Antonio, STEFANI, Monalisa, PEZZI JR, Sady. *Gestão de marketing para organizações do terceiro setor*. Londrina: Midiograf, 2003, p. 48, 49.

organizações da sociedade civil – OSC, as instituições filantrópicas, as associações de moradores ou comunitárias, as associações profissionais ou categoriais, os clubes, as instituições culturais, as instituições religiosas, parecendo o conceito reunir tanto o *Green Peace* (de defesa radical do meio ambiente), como o Movimento Viva Rio; as Mães da Praça de Maio (de luta política pelo esclarecimento e justiça sobre os detidos/desaparecidos na ditadura argentina) como a FIESP; o MST (de luta político-econômica pela reforma agrária) como a Fundação Roberto Marinho; as Creches Comunitárias (conquistas dos moradores) como a caridade individual; o movimento pelas Diretas Já como as atividades “sociais” de um candidato a vereador.³¹⁴

Esta divisão entre os três setores, segundo Alexandre CICONELLO, é **simplista** e associa a ação social com conceitos de **mercado**, como marketing e eficiência, que desqualifica antigos campos de atuação social, como o campo das filantrópicas que passam a ser chamadas de “pilantrópicas”, atrasadas, ineficientes e não-transparentes. Para o autor, o conceito de “terceiro setor” mais atrapalha do que contribui para a nossa tentativa de identificar o conceito de público entre organizações sem fins lucrativos.³¹⁵

Salientamos que mesmo os autores defensores do ideário do “terceiro setor” entendem que o termo pode causar dúvidas, como por exemplo, Simone de Castro Tavares COELHO, que expõe que **na falta de uma denominação melhor** e visando assumir uma linguagem comum, optou pela denominação “terceiro setor”, por ser um termo menos conflitante com a realidade encontrada pela pesquisa empírica.³¹⁶

MONTAÑO ainda justifica sobre o motivo de ser empregado o termo sempre entre aspas, por ser um conceito ligado a visões segmentadoras, o qual apresenta forte funcionalidade com o processo de reestruturação do capital, do afastamento do Estado das suas responsabilidades sociais, sendo um conceito ideológico (como “falsa consciência”) portador da função de encobrir e desarticular a realidade. O autor tem a preocupação de desvendar o que está contido no conceito do “terceiro setor”, não descartando sumariamente o conceito, mas também não o aceitando tal

³¹⁴ MONTAÑO, Carlos. Obra citada, p. 56, 57.

³¹⁵ CICONELLO, Alexandre. *O conceito legal de público no terceiro setor*. In: SZAZI, Eduardo. Terceiro setor: temas polêmicos 1. São Paulo: Peirópolis, 2004, p. 52-53, 55.

³¹⁶ COELHO, Simone de Castro Tavares. Obra citada, p. 68.

como é tratado pelos seus defensores do seu ideário.³¹⁷

Note-se que há várias outras designações para este "setor", como "setor não lucrativo" (*non profit sector*), "setor de utilidade pública", "economia social"³¹⁸ (utilizado na França, onde ao invés de "*troisième secteur*", os franceses chamam de "*troisième système*"), "setor público não-estatal", "setor voluntário" (*voluntary sector*, nos países anglo-saxões), "setor independente" (*independent sector*), "organizações não lucrativas" (também nos países anglo-saxões), organizações não governamentais (nos países periféricos e semi-periféricos), sociedade civil organizada, organizações voluntárias, etc.³¹⁹

A nossa Constituição da República de 1988 utiliza vários termos ao se referir às entidades do "terceiro setor", como instituições sem fins lucrativos, instituições assistenciais, entidades beneficentes de assistência social, entidades filantrópicas, entidades sem fins lucrativos, entidades beneficentes, entidades de assistência social, escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, com finalidade não-lucrativa.³²⁰ Note-se que nossa Constituição não cita, em nenhum momento, ao termo "terceiro setor".

Neste trabalho, didaticamente e por ser o objeto da crítica ao ideário neoliberal que o defende como prestador de serviços, utilizamos o termo "terceiro setor", mas sempre entre aspas. Entretanto, se fossemos decidir qual a expressão seria a melhor a ser utilizada para retratar a sociedade civil, talvez utilizaríamos simplesmente "sociedade civil organizada".

2.2.5. Os atores componentes do "terceiro setor"

³¹⁷ MONTAÑO, Carlos. Obra citada, p. 16, 183.

³¹⁸ Luciana Vargas Netto OLIVEIRA entende que as denominações economia social e "terceiro setor" não são sinônimas e trata também da economia solidária. OLIVEIRA, Luciana Vargas Netto. *Os diferentes significados histórico políticos das concepções de "economia social" e "economia solidária"*. In: GEDIEL, José Antônio Peres (Org.). *Estudos de Direito Cooperativo e Cidadania*. Curitiba: UFPR, 2005, p. 75.

³¹⁹ Sobre as várias nomenclaturas utilizadas, Rogério Gesta LEAL não faz críticas ao "terceiro setor", e esclarece que estas evidenciam "a capacidade da sociedade civil alcançar um grau de articulação e ação política capaz de propor uma interlocução eficaz com o poder instituído e o mercado, perseguindo sempre a maximização da sua qualidade de vida e de suas prerrogativas fundamentais". LEAL, Rogério Gesta. Obra citada, p. 174.

³²⁰ Ainda há termos nos textos legais: associação, associação civil, serviço social, estabelecimento particular de educação gratuita, instituição artística, instituição científica, instituição de ensino, instituição fundada por associação civil, instituição de iniciativa de indivíduos, associação particular, associação profissional, templo de qualquer culto, igreja, partido político, instituição de educação, instituição de assistência social, serviço assistencial, instituição privada, entidade filantrópica, entidade sem fins lucrativos, organização representativa da população, escola comunitária, escola confessional, escola filantrópica, entidade sindical, sindicato, entidade beneficente de assistência social, e entidade não governamental. SOUZA, Leandro Marins de. Obra citada, p. 95.

Quem faz parte do "terceiro setor"? Apenas pessoas jurídicas devidamente constituídas juridicamente, o que deixaria de fora os movimentos sociais? Apenas as entidades de benefício público, excluindo as de benefício mútuo? As cooperativas compõem o "terceiro setor"? A "responsabilidade social" das empresas faz parte do "terceiro setor"?

Boaventura de Souza SANTOS exemplifica, entre as organizações do "terceiro setor", as cooperativas, associações mutualistas, associações não lucrativas, organizações não governamentais, organizações quase-não governamentais, organizações de voluntariado, organizações comunitárias ou de base, etc.³²¹ Entretanto, não há consenso na doutrina sobre o tema.

O IV Encontro Ibero-Americano do "terceiro setor" definiu como organizações do "terceiro setor" aquelas que são privadas, não-governamentais, sem fins lucrativos, autogovernadas, de associação voluntária.³²² Mas e os movimentos sem personalidade jurídica, estão excluídos do conceito? Iniciaremos com a análise se os movimentos sociais pertencem ao "terceiro setor".

2.2.5.1. Os movimentos sociais

Muito se questiona se os movimentos sociais fazem parte do "terceiro setor". A resposta é negativa para José Eduardo Sabo PAES,³²³ Fernando Borges MÂNICA,³²⁴ Lester SALOMON e Helmuth ANHEIER,³²⁵ e Simone de Castro Tavares COELHO³²⁶, pois acreditam que apenas organizações estruturadas, com estruturas formais feitas para perdurar no tempo, pessoas jurídicas de direito privado, são pertencentes a este "setor". Deixam de fora, portanto, os movimentos sociais que não atuem por meio de entidades constituídas juridicamente. Apenas esta última autora ressalta que a distinção entre movimentos sociais e "terceiro setor" se complica quando é analisado o MST, por este movimento ter peculiaridades

³²¹ SANTOS, Boaventura de Souza. Obra citada, 1998, p. 05.

³²² Realizado em 1998, na Argentina. Apud MONTAÑO, Carlos. Obra citada, p. 55.

³²³ PAES, José Eduardo Sabo. Obra citada, p. 107.

³²⁴ MÂNICA, Fernando Borges. Obra citada, p. 60.

³²⁵ Lester SALOMON e Helmuth ANHEIER afirmam que pertencem ao "terceiro setor" as organizações de fora do Estado sem fins lucrativos que têm organização estruturada, são autogovernadas e envolvem indivíduos voluntários. Apud COELHO, Simone de Castro Tavares. Obra citada, 2002, p. 60, 61.

³²⁶ Ibid., p. 77.

próprias, como estrutura formal diretiva, sistema de arrecadação de recursos, etc.³²⁷

Joaquim FALCÃO entende que os movimentos sociais fazem parte do "terceiro setor"³²⁸ assim como Rubem César FERNANDES,³²⁹ que inclui nesta categoria prestadores de serviços não registrados juridicamente, e até indivíduos, assim como Ruth CARDOSO.³³⁰ Pelo menos neste ponto Carlos MONTAÑO concorda com estes autores, pois para ele os movimentos são incorporados ao "terceiro setor", como o movimento dos sem-terra – MST, as forças armadas revolucionárias colombianas – FARC, os movimentos indígenas de Chiapas, as greves de fábricas; ou mesmo os movimentos violentos ou insurrecionais de massa como ocupações de fábricas ou prédios públicos, queimadas de ônibus ou pneus, as lutas civis, étnicas e raciais. Para ele, como não são movimentos nem estatais nem de mercado, seriam do "terceiro setor". Mesmo assim MONTAÑO critica Rubem César FERNANDES, ao afirmar que este inclui nos conceitos apenas os movimentos pacíficos, excluindo as organização de lutas de maior impacto de enfrentamento.³³¹ Realmente Rubem César FERNANDES, mesmo não sendo explícito, dá a entender que exclui do conceito de "terceiro setor" os movimentos não-pacíficos, citando em vários exemplos de atuação do "terceiro setor" apenas manifestações ligadas à paz, deixando claro que é contrário aos movimentos de luta classista.³³²

Como já apontamos, somos contrários a esta setorialização, esta divisão entre Estado, mercado e "terceiro setor", uma vez que adotamos o ideário de Antonio GRAMSCI, no sentido de que o Estado ampliado é composto pelo Estado em sentido estrito e a sociedade civil. De qualquer forma, utilizada esta divisão, entendemos que tudo o que não é Estado em sentido estrito e que não faz parte do mercado com fins lucrativos é "terceiro setor", inclusive os movimentos sociais. Se os movimentos sociais não fizessem parte do "terceiro setor", seriam, quem sabe, do "quarto" ou "quinto setor".

Note-se que os movimentos sociais fazem parte do "terceiro setor", mas não são ONGs. Estas sim, são assim consideradas apenas se forem organizações

³²⁷ Id.

³²⁸ FALCÃO, Joaquim. Obra citada, p. 14.

³²⁹ FERNANDES, Rubem César. *Privado porém público: o terceiro setor na América Latina*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 29, 127, 128.

³³⁰ Fernando Borges MÂNICA informa que Ruth CARDOSO também entende que qualquer iniciativa popular faz parte do "terceiro setor". MÂNICA, Fernando Borges. Obra citada, p. 59.

³³¹ MONTAÑO, Carlos. Obra citada, p. 56.

³³² FERNANDES, Rubem César. Obra citada, p. 131-135.

formais, e não apenas agrupamentos de pessoas.³³³ É claro que os movimentos sociais podem formar pessoas jurídicas devidamente constituídas para representá-los juridicamente.³³⁴

Entendemos que mais importante do que definir se os movimentos sociais fazem parte ou não do "terceiro setor", é interessante deixar claro que apenas pessoas jurídicas devidamente constituídas e que atendam alguns requisitos podem firmar parcerias com o Poder Público. Entretanto, defendemos que é de suma importância o reconhecimento por parte da sociedade e do Estado da importância dos diversos movimentos sociais, como o fazem Pierre BOURDIEU, que assevera que o movimento social "pode contentar-se em existir; ele já cria bastante problema"³³⁵ e Rogério Gesta LEAL, que ainda analisa que "os movimentos se mantêm como uma prática de reivindicação e, por vezes, de contestação do poder instituído".³³⁶

2.2.5.2. Entidades de benefício mútuo e de benefício público

Com relação aos benefícios de suas atividades, existem dois tipos de entidades sem fins lucrativos, as de:

a) **benefício mútuo** (também denominadas de favorecimento, de ajuda/fins mútuos, de cunho associativo, de auto-ajuda): que se dirigem apenas para seus associados, de natureza endógena, de interesses coletivos, mas não públicos; e

b) **benefício público** (de fins comunitários, de solidariedade social, de cunho social, de interesse público): que alcançam o público em geral, de natureza exógena, de interesses não apenas coletivos, mas também públicos.³³⁷ Mesmo as

³³³ MENESCAL, Andréa Koury. MENESCAL, Andréa Koury. *História e gênese das organizações não governamentais*. In: GONÇALVES, Hebe Signorini (Org.). *Organizações não governamentais: solução ou problema*. São Paulo: Estação Liberdade, 1996, p. 23. Sobre o tema ver GOHN, Maria da Glória. *Os sem-terra, ongs e cidadania*, 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2000.

³³⁴ Informamos que existem "redes", que não são necessariamente pessoas jurídicas, que também auxiliam os movimentos sociais. Por exemplo, a Rede Nacional de advogados e Advogadas Populares - RENAP. REDE NACIONAL DE ADVOGADOS POPULARES. *Advocacia Popular*. Cadernos RENAP nº 06, Caderno Especial, março/2005.

³³⁵ BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 75.

³³⁶ LEAL, Rogério Gesta. Obra citada, p. 173. Porém Maria da Glória GOHN alerta que a partir dos anos 90 os movimentos "não objetivam mudar o curso da História, nem combater a exploração do trabalho, nem mudar o regime político ou combater os detentores do capital". GOHN, Maria da Glória. *Educação não-formal e cultura política: impactos sobre o associativismo do terceiro setor*, 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 87.

³³⁷ FALCÃO, Joaquim. Obra citada, p. 156, 167-170. SZAZI, Eduardo. Obra citada, 2001, p. 28. MODESTO, Paulo. Obra citada, agosto, 2001, p. 06.

entidades que se dediquem aparentemente apenas a beneficiar agrupamentos específicos, como os aidéticos ou carentes se enquadram neste conceito.³³⁸ Dentre estas entidades, existem as organizações complementares ou suplementares à atuação do Estado na prestação de serviços; e as que promovem a *advocacy*, a defesa de direitos e construção de novos direitos (mulheres, negros, índios, meio ambiente, etc).³³⁹

Eduardo SZAZI entende que estas diferenciações entre entidades de benefício mútuo e público ocorrem apenas nas associações, pois as fundações já têm por definição um fim público, em benefício da coletividade.³⁴⁰

Augusto de FRANCO externa que estes dois tipos de entidades fazem parte do "terceiro setor".³⁴¹ José Eduardo Sabo PAES também tem esta posição, mas entende que apenas as de interesse público são merecedoras de incentivos.³⁴² Entretanto, Fernando Borges MÂNICA opina que nem todas as entidades sem fins lucrativos fazem parte do "terceiro setor", mas apenas as de benefício público, descartando as de benefício mútuo.³⁴³

Com as mesmas ressalvas da parte final do tópico sobre os movimentos sociais, entendemos que todas as entidades privadas sem fins lucrativos fazem parte do "terceiro setor", inclusive as de benefício mútuo. Concordamos que apenas as de benefício público, atendidos determinados requisitos, poderão ser fomentadas pelo Poder Público

2.2.5.3. As cooperativas

Outra dúvida freqüente é se as cooperativas são sem fins lucrativos e se elas fazem parte do "terceiro setor". A Lei nº 5.764/71, que dispõe sobre a Política Nacional do Cooperativismo e institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, determina em seu art. 3º que "Celebram contrato de **sociedade cooperativa** as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o

³³⁸ PAES, José Eduardo Sabo. Obra citada, p. 100-101.

³³⁹ MÂNICA, Fernando Borges. Obra citada, p. 62, 63. Joaquim FALCÃO elabora classificação semelhante ao diferenciar as entidades do "terceiro setor" como as assistencialistas de um lado e as político-mobilizadoras de outro. FALCÃO, Joaquim. Obra citada, p. 167-170.

³⁴⁰ SZAZI, Eduardo. Obra citada, 2001, p. 28.

³⁴¹ FRANCO, Augusto de, apud COELHO, Simone de Castro Tavares. *Obra citada*, p. 59.

³⁴² PAES, José Eduardo Sabo. Obra citada, p. 100, 101.

³⁴³ MÂNICA, Fernando Borges. Obra citada, p. 61, 62.

exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, **sem objetivo de lucro**".³⁴⁴ (Grifo nosso.)

Renato Lopes BECHO entende que há "proibição de as cooperativas serem sociedades lucrativas", e que elas "são entidades sem fins lucrativos, por expressa determinação legal". Para o autor, o que alguém poderia entender como lucro das cooperativas, na verdade são as **sobras**, ou, nos termos do novo Código Civil, os **resultados** (os resultados negativos seriam os prejuízos), conforme o art. 1094, inc. VII, que define quais são as características da sociedade cooperativa: "distribuição dos resultados, proporcionalmente ao valor das operações efetuadas pelo sócio com a sociedade, podendo ser atribuído juro fixo ao capital realizado". Segundo o autor "os resultados nas cooperativas são produtos distintos dos obtidos nas sociedades lucrativas". O autor cita ainda Ana Maria Ferraz AUGUSTO, que diz que "lucro é a remuneração do empresário pelos resultados positivos de sua atividade econômica", ou seja, o lucro é resultado da atividade empresarial. Conforme BECHO, "as cooperativas podem ser empresas, mas sem finalidade lucrativa", finalizando:

O importante a ser observado é a filosofia por trás da distribuição dos resultados: os associados têm direito de receber de volta os **resultados** obtidos pela cooperativa sobre suas movimentações (sobre o trabalho, sobre seus produtos, sobre seu consumo etc.). Se ele não receber essa devolução, os resultados devem ficar para as cooperativas e nunca ser dividido. **O que é vetado** pelo sistema é que outras pessoas, outros associados, **se beneficiem do resultado do esforço alheio**, o que é contra toda a filosofia da cooperação.³⁴⁵

Sobre o tema, PONTES DE MIRANDA também se manifesta no sentido de que "o fim econômico, nas sociedades cooperativas, é atingido diretamente pelos sócios, em seus contatos com a sociedade. O fim econômico, nas sociedades lucrativas, é obtido com a repartição do que a sociedade percebeu de lucro. A diferença é sutil, porém sempre da máxima relevância".³⁴⁶

Helder Gonçalves LIMA ainda diz que "a cooperativa tem um fim inarredavelmente econômico, porém, sem finalidade lucrativa", e que as sobras não equivalem a lucro, pois nas cooperativas existe o elemento econômico sem a

³⁴⁴ Lembre-se que no Brasil as cooperativas deixaram de sofrer intervencionismo estatal com a Constituição de 1988, art. 5º, inc. XVIII, que estabeleceu que a criação de cooperativas independe de autorização.

³⁴⁵ BECHO, Renato Lopes. *Elementos de direitos cooperativo*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 92 a 102.

³⁴⁶ Apud LIMA, Helder Gonçalves. *Atos cooperativos e sua tributação pelo ISS à luz da Teoria Geral do Direito*. In: BECHO, Renato Lopes (Coordenador). *Problemas atuais do direito cooperativo*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 125-128.

finalidade capitalística.³⁴⁷

Gustavo ZILOCCHI ainda trás mais um argumento, quando entende que as cooperativas são sem fins lucrativos quando **não obtêm mais-valia**.³⁴⁸

Alfredo de Assis GONÇALVES NETO diferencia as cooperativas das demais sociedades quando informa que nestas o sócio investe para buscar resultados lucrativos proporcional aos riscos, e na cooperativa o objetivo que atrai a filiação do cooperado não é a obtenção de lucro, mas a possibilidade de utilizar-se dos serviços da sociedade para melhorar a sua situação econômica. O autor aduz que a cooperativa é uma sociedade, uma vez que não é inerente às associações exercer atividade econômica com distribuição de resultados aos seus membros, mas que muito se discute se elas seriam realmente uma sociedade ou uma associação. Finaliza ao dispor que nas cooperativas **o trabalho prepondera sobre o capital**.³⁴⁹

Note-se que a Lei nº 9.867/99 criou as cooperativas sociais e, segundo José dos Santos CARVALHO FILHO "ao Estado cabe associar-se a essas entidades, reforçando o regime de parceria através de incentivos e subvenções e aperfeiçoando os sistemas de controle do uso de eventuais recursos públicos".³⁵⁰ José Eduardo Sabo PAES defende que estas cooperativas sociais devam ser regidas pelo Código Civil, art. 45 e seguintes, pois não se adequam às normas da Lei nº 5.764/71.³⁵¹ Leandro Marins de SOUZA defende que as cooperativas sociais são uma nova figura jurídica, uma nova forma associativa, e por sua configuração são do "terceiro setor".³⁵² Fernando Borges MÂNICA dispõe que apenas as cooperativas sociais fazem parte do "terceiro setor", pois não têm finalidade econômica, ao contrário das demais cooperativas, que para ele têm fins econômicos.³⁵³ Como já informado, Boaventura de Souza SANTOS defende que as cooperativas em geral fazem parte do "terceiro setor".

Ante o exposto, opinamos no sentido de que as cooperativas podem ser

³⁴⁷ Id.

³⁴⁸ Apud ZUGNO, Renato. *Espaços públicos compartilhados entre a Administração Pública e a sociedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85

³⁴⁹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de direito societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 125, 126, 128. Sobre possibilidade ou não de cooperativas participarem de licitações, ver GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 534. Com relação às cooperativas prestadoras de serviços públicos, ver DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, 2002, p. 233.

³⁵⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 285.

³⁵¹ PAES, José Eduardo Sabo. Obra citada, p. 61-61.

³⁵² SOUZA, Leandro Marins de. Obra citada, p. 107, 118, 119.

³⁵³ MÂNICA, Fernando Borges. Obra citada, p. 65.

consideradas como instituições sem fins lucrativos e, portanto, compõem o rol de entidades do "terceiro setor".³⁵⁴

2.2.5.4. A "responsabilidade social" do mercado

"Quem financia a solidariedade, hoje, está preocupada com o retorno".

"É importante mostrar que nós podemos ajudar as pessoas necessitadas e ainda movimentar a economia do país".

"Invista em causas sociais. É bom para o próximo, é bom para a sua empresa".³⁵⁵
Sérgio Bianchi

É ingênuo, consoante Carlos MONTAÑO, pensar que as atividades filantrópicas das empresas fariam parte do "terceiro setor", pois elas visam, mesmo que indireta e encobertamente, fins lucrativos.³⁵⁶ Concordamos com a afirmação do autor. Apenas a ação de uma empresa privada com fins lucrativos efetivada sem qualquer interesse mercadológico, o que é difícil nesta época do capitalismo globalizado, pertencerá ao "terceiro setor".

Ou seja, uma empresa com fins lucrativos que faz uma campanha junto à comunidade carente ao redor de sua sede, com o intuito de diminuição da violência, para que aumente o movimento em sua empresa, e consequentemente o lucro, não faz parte de uma atividade do "terceiro setor". Assim como não o é uma atividade de uma lanchonete onde em um dia do ano, todo o lucro com a venda de um sanduíche vai para a fundação sem fins lucrativos com o mesmo nome da empresa. Neste caso, a empresa ganha com a "aparência" de que ajuda o próximo, seja com as atividades da fundação, seja com o "dia da caridade", e lucra com a venda dos demais produtos neste dia, cujo movimento é bastante superior ao normal. Vários outros exemplos poderiam ser citados.³⁵⁷

³⁵⁴ Francisco Quintanilha VÉRAS NETO entende que o cooperativismo não faz parte do "terceiro setor", pois este caminha para o privatismo do neoliberalismo, um "setor" que aceita atuar junto às formas neoliberais. VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. *Cooperativismo*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 198-202.

³⁵⁵ QUANTO VALE OU É POR QUILO?. Obra citada. As duas últimas citações são do personagem Ricardo Pedroza, que é um profissional em "terceiro setor" no filme.

³⁵⁶ MONTAÑO, Carlos. Obra citada, p. 156, 157. No mesmo sentido DUPAS, Gilberto. Obra citada, p. 78.

³⁵⁷ Neste sentido, MONTAÑO questiona, por exemplo, se a caridade de um vereador não teria fins eleitorais/lucrativos, ou o interesse de um hotel em diminuir a violência do bairro (não as causas da violência, mas apenas seus efeitos), para tranquilizar os turistas e aumentar seus

Pedro DEMO também critica o movimento de responsabilidade social da empresa, por não avaliar a origem dos problemas sociais e por muitas vezes ter interesses mercantis.³⁵⁸ Gilberto DUPAS ainda entende que a responsabilidade social das empresas liga-se à substituição da idéia de deliberação participativa sobre os bens públicos pela noção de gestão eficaz de recursos sociais, cuja distribuição é decidida aleatória e privadamente.³⁵⁹

Diante disso, louvamos a ação social de empresas que realmente não lucram direta ou indiretamente com a sua atuação, mas entendemos que esta é uma realidade reduzida no atual contexto brasileiro.

2.2.6. Críticas negativas ao ideário neoliberal do "terceiro setor"

"Mais valem pobres na mão do que pobres roubando"³⁶⁰
Sérgio Bianchi

Laura Tavares SOARES entende que a maioria das ONGs “vem assumindo um papel substitutivo ao Estado, sobretudo naqueles lugares mais pobres e afastados, de onde o Estado ou se retirou ou simplesmente não existia”. Para ela é justamente esse caráter substitutivo e não complementar que desmascara as parcerias entre o Estado e a sociedade, quando substituem-se programas nacionais e regionais por iniciativas locais incapazes de fazer uma cobertura suficiente e cujo impacto é praticamente nulo quando se trata de grandes massas em situação de pobreza/exclusão. A autora ainda questiona os movimentos de descentralização e privatização dos serviços públicos, onde os governos nacionais desobrigam-se totalmente da responsabilidade pela implementação de programas sociais, delegando-os aos governos locais em “parceria” com as ONGs ou outras organizações (preferencialmente mais próximas aos prefeitos), ou simplesmente entregando os serviços mais lucrativos, como os de assistência médica, ao setor privado: “globalização só para o grande capital. Do trabalho e da pobreza, cada um que cuide do seu como puder. De preferência com Estados fortes para sustentar o sistema financeiro e falidos para cuidar do social”.³⁶¹ Com esta afirmação,

hóspedes. MONTAÑO, Carlos. Obra citada, p. 157.

³⁵⁸ DEMO, Pedro. *Solidariedade como efeito de poder*, apud SOUZA, Leandro Marins de. Obra citada, p. 34-40.

³⁵⁹ DUPAS, Gilberto. Obra citada, p. 18.

³⁶⁰ QUANTO VALE OU É POR QUILO?. Obra citada. Conforme material promocional.

³⁶¹ SOARES, Laura Tavares. *Prefácio* da obra MONTAÑO, Carlos. Obra citada, p. 12, 13.

lembramos de Plauto Faraco de AZEVEDO, que critica o princípio transformado em regra de que **lucros se privatizam e prejuízos se socializam** e pergunta com que recursos o faria o Estado, se já não os tem.³⁶²

Juarez FREITAS também critica que a louvável complementaridade do "terceiro setor" se transforme em privatização assistida, em substituição.³⁶³

Também uma crítica às ONGs como prestadoras de serviços sociais, por serem ações pontuais e setorializadas, que escamoteiam as responsabilidades de uma política social universal, gratuita e estatal, que seria o caminho da cidadania, Hebe Signorini GONÇALVES defende as ONGs reivindicatórias e, para ela, "não há ação de política social, por melhor estruturada e mais meritória que seja, que possa suprir o vazio de uma política pública, referência necessária para os critérios de eleição de programas e projetos, para determinação de canais de financiamento, para a realização da justiça social".³⁶⁴

Andréa Koury MENESCAL é contrária que ONGs compensem as deficiências do Estado e do mercado, como provedoras de bens coletivos à sociedade, pois este é o principal dever das instituições estatais. Para ela as ONGs podem apoiar grupos e movimentos sociais de uma maneira que nem mercado e nem o Estado são capazes, com uma função sócio-política, como grupos de pressão ("*pressure groups*"), apresentando propostas e influenciando positivamente as políticas governamentais na busca de mudanças sociais significativas.³⁶⁵

Francisco de OLIVEIRA entende que as ONGs auxiliam o "neopopulismo"³⁶⁶ e o "sopão do terceiro setor é engrossado por patroneses ao lado de cooperativas de fachada, banqueiros-cidadãos, corretores de inclusão social e por aí afora, nessa nova fronteira de negócios".³⁶⁷

Leonardo Valles BENTO observa que durante algum tempo o pensamento de esquerda ficou sem reação, ante o fato de que tanto esquerda quanto direita voltavam suas críticas para o Estado de bem-estar. Todavia, enquanto a esquerda criticava as formas burocráticas, padronizadas e massificadas da atuação estatal,

³⁶² AZEVEDO, Plauto Faraco de. Obra citada, p. 115.

³⁶³ FREITAS, Juarez. Obra citada. 1998, p. 99-106.

³⁶⁴ GONÇALVES, Hebe Signorini. *O Estado diante das organizações não governamentais*. In: GONÇALVES, Hebe Signorini (Org.). *Organizações não governamentais: solução ou problema*. São Paulo: Estação Liberdade, 1996, p. 56, 57, 71.

³⁶⁵ MENESCAL, Andréa Koury. Obra citada, p. 24, 26, 28, 32.

³⁶⁶ OLIVEIRA, Francisco. *ONGs auxiliam neopopulismo, diz sociólogo*. In: Folha de S. Paulo de 07 de dezembro de 2003.

³⁶⁷ OLIVEIRA, Francisco. *País terceirizou flagelo social, diz filósofo*. In: Folha de S. Paulo de 18 de julho de 2004.

em nome de formas de **cooperação, solidariedade e participação mais desenvolvidas e espontâneas**, o neoliberalismo criticava a burocracia e o intervencionismo em nome da **eficiência econômica** na medida em que eles distorcem as regras do mercado. O autor ainda analisa que o neoliberalismo, depois de dismantelar as estruturas do *Welfare State* da social-democracia, “se apropriou do discurso progressista acerca do setor público não-estatal para constituí-lo no espaço por excelência da prestação de serviços públicos”, e o “terceiro setor” surge, em contrariedade ao pensamento progressista e no discurso neo-clássico, “como campo privilegiado para a atividade social, **não em virtude de suas potencialidades emancipatórias**, mas por motivos de eficiência, eis que logra **aliviar o Estado das demandas populares**, do custo das políticas públicas de distribuição, ao mesmo tempo que pode operar com maior **autonomia e flexibilidade gerencial**”.³⁶⁸

Valmir PONTES FILHO é contrário às entidades do “terceiro setor” executarem serviços da Administração Pública, colocando em dúvida se elas são exemplos de boa e moderna administração e instrumentos mais ágeis de satisfação dos interesses públicos. Justifica sua posição porque a elas não se impõe as mesmas restrições das entidades da Administração indireta; por não haver licitação para o credenciamento das mesmas; porque elas “voltar-se-ão, mais cedo ou mais tarde, para seus próprios interesses, a partir de quando deixarem de contar com subvenções do Estado”; e vêm a ser instrumentos de burla à exigência constitucional do concurso público e de facilitação da demissão de servidores. Para o autor, as entidades do “terceiro setor”, como substitutas do Estado, têm prestígio por parte dos que, bem ou mal-intencionados, defendem com ardor o vigente processo de “enxugamento” da máquina estatal, a prevalência das “leis do mercado” e a submissão do trabalho aos interesses do capital. O autor ainda rebate que elas sejam os principais instrumentos de participação direta da sociedade, pois defende que o plebiscito e o referendo os sejam.³⁶⁹

Boaventura de Souza SANTOS entende que o neoliberalismo utilizou o conceito de sociedade civil para criar a ONG chamada *business initiative*, criadas por empresas, que se tornem firmas disfarçadas.³⁷⁰

³⁶⁸ BENTO, Leonardo Valles. *Governança e governabilidade na reforma do Estado: entre a eficiência e a democratização*. Barueri/SP: Manole, 2003, p. 236, 237.

³⁶⁹ PONTES FILHO, Valmir. Obra citada, p. 68, 69.

³⁷⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. *A sociedade é socialmente fascista*. Entrevista à Daniel

O "terceiro setor" não ajudará a que se funde um novo ou um melhor Estado, e seu ideário celebra o indivíduo capaz de resolver seus próprios problemas, acrescentando uma dose de **despolitização** no imaginário coletivo, conforme Marco Aurélio NOGUEIRA. Nesta realidade os movimentos sociais trocarão um **pensamento mais combativo e emancipatório por uma postura pragmática**, e se dirigirão mais para a gestão de políticas do que para a oposição política, com um consenso aparente. Também na atuação situação, a sociedade civil “não se trataria, portanto, de uma organização autônoma voltada para a **emancipação, a construção de consensos e hegemonias ou a interferência coletiva** nos espaços em que se definem as escolhas e as decisões fundamentais, mas de uma organização **subalternizada, domesticada**, concebida de modo ‘técnico’”. Seria **cooperativa, parceira**, e não um campo de **lutas ou oposições**.³⁷¹

Francisco Quintanilha VÉRAS NETO também critica que o "terceiro setor" tenha sucumbido às estratégias neoliberais, com o desconstrucionismo social neoliberal, relacionando o "setor" com as mudanças do mundo do trabalho com base nas novas premissas de acumulação capitalista.³⁷²

NOGUEIRA ainda defende a descentralização como forma de delegação de poder do centro para a periferia, das cúpulas para as bases, mas não como forma de transferência de encargos e de responsabilidades, como a entrega de pedaços do Estado para particulares via terceirização ou privatização, ou como forma de “publicização” ou a constituição de um “espaço público não-estatal” mediante parcerias com a sociedade civil, o que ele chama de “centrifugação”. Para ele “descentralizar não deveria produzir enfraquecimento dos níveis centrais de governo em benefício dos níveis locais ou regionais, mas sim um **fortalecimento recíproco de todos eles**, uma espécie de repactuação das relações intergovernamentais feita em nome da **suspensão da concorrência predatória de todos contra todos**”. (Grifo nosso.) Sustenta a concessão de estruturas que reforcem todas as esferas de poder, que criem sinergias entre elas e que as submetam ao controle social,³⁷³ num

Merli. Jornal Brasil de Fato de 09 a 15 de outubro de 2003.

³⁷¹ NOGUEIRA, Marco Aurélio. Obra citada, p. 57-59.

³⁷² VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. *Análise crítica da globalização neoliberal e seu impacto no mundo do trabalho à luz da interpretação dos conceitos de fetichização e racionalização nas obras de Karl Marx e Max Weber*. Tese de Doutorado. UFPR. 2004, p. 758.

³⁷³ O repasse de atividades ao "terceiro setor" “retira seu controle da gestão estatal e do direito público, transferindo-o para o direito privado. As possibilidades de controle democrático e de pressão política diminuem significativamente com este rompimento”. MONTAÑO, Carlos. Obra citada, p. 234.

exercício radicalmente democrático, uma participação que não objetiva acabar com o poder, mas, citando MOUFFE, multiplicar os espaços em que a relação de poder estejam abertas à contestação democrática.³⁷⁴

Alexandre CICONELLO entende que é uma distorção o estímulo de uma nova geração de organizações sem fins lucrativos voltadas para o mercado, com uma lógica de prestação de serviços, sem nenhum fundamento social e com baixa capacidade contestatória e crítica.³⁷⁵ Sobre o mercado, citando Stuart HALL, Zygmunt BAUMAN informa que os setores foram transformados à imagem do mercado, não apenas sendo mercantilizados ou privatizados, mas levados a imitar o mercado, com isso fazendo supor que há somente um tipo de questões que se podem levantar: as que são colocadas pelo mercado.³⁷⁶

Carlos MONTAÑO questiona a tese de que o “terceiro setor” propiciaria o desenvolvimento democrático, pois deixa “grandes decisões sistêmicas e macroeconômicas para as corporações multinacionais e os representantes nacionais do grande capital” enquanto que “as decisões locais, singulares e de microeconomia, ficam restritas no âmbito das organizações do ‘terceiro setor’ (...) tampouco eleitas nem representativas dos interesses da população”, o que ao invés de desenvolver a democracia, “realiza um verdadeiro esvaziamento do poder democrático”.³⁷⁷

Ao contrário do ideário do "terceiro setor" que proclama o Estado prestador de serviços como antidemocrático e o Estado neoliberal que apenas exerce a regulação como democrático, opinamos que um Estado pode ser **radicalmente democrático** apenas buscando um engajamento da sociedade civil na discussão e constituição das políticas públicas sem, necessariamente, utilizar-se do chamado "terceiro setor" para atendimento das demandas de responsabilidade direta do próprio Estado. Ou seja, um Estado pode ser "substancialmente democrático", conforme lição já explanada de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, sem necessariamente privatizar os seus serviços públicos, principalmente os sociais, às entidades sem fins lucrativos, ou mesmo realizar a atividade de fomento junto ao "terceiro setor".

³⁷⁴ NOGUEIRA, Marco Aurélio. Obra citada, p. 73, 74.

³⁷⁵ CICONELLO, Alexandre. *O conceito legal de público no terceiro setor*. In: SZAZI, Eduardo. Terceiro setor: temas polêmicos 1. São Paulo: Peirópolis, 2004, p. 54.

³⁷⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 38.

³⁷⁷ MONTAÑO, Carlos. Obra citada, p. 162.

A sociedade civil organizada, que é um importante instrumento de controle da Administração Pública, de propositura de ações a serem executadas pelo Estado, de reivindicações das classes trabalhadoras, na participação em Conselhos Gestores ou de Direitos, entre outras importantes atuações, passou a ser requisitada pelos governantes para firmarem acordos com o intuito de repasse de atribuições anteriormente estatais.

Marco Aurélio NOGUEIRA questiona se seria a sociedade civil, por si só, capaz de gerar as condições para um conviver dignificante, justo e igualitário; e enfatiza que uma gestão participativa perde coerência se converter direitos de cidadania em serviços a serem providos pelo mercado ou pelo “setor público não-estatal”, e as parcerias não deveriam servir como veículos de transferência de obrigações ou de recursos públicos para ONGs em nome de uma alegada “agilização” das políticas sociais.³⁷⁸

Carlos MONTAÑO aduz que as privatizações das políticas e serviços sociais, as parcerias, constituem mais uma forma de aparente divórcio entre política econômica (definida na articulação governo e mercado) e a política social (consubstanciada na parceria entre Estado e “terceiro setor”).³⁷⁹

O discurso de defesa deste novo setor público não-estatal ataca o Estado prestador de serviços, julgando-o como ineficiente, “burocrático” e, enfim, um mal, e o “terceiro setor” como o bem e a eficiência. Contudo, Joaquim FALCÃO, um defensor desta nova “doutrina”, alerta que não se trata de defender uma visão ingênua de que o “terceiro setor” é um bem em si, endogenamente democrático, e que é uma visão dicotômica e simplista a crença bastante difundida hoje em dia de que o Estado é o lugar do desperdício e a empresa o lugar da eficiência.³⁸⁰

Pierre BOURDIEU analisa que o Estado hoje não pede nada ao cidadão além das contribuições materiais obrigatórias, deixando-o de fora do próprio Estado³⁸¹, o que para Emerson GABARDO significa que o Estado quer que o cidadão atue no chamado “espaço público não-estatal”.³⁸² Por isso, **quando defendemos o Estado prestador de serviços públicos sociais, não defendemos este Estado que conhecemos, mas um outro Estado, radicalmente**

³⁷⁸ NOGUEIRA, Marco Aurélio. Obra citada, p. 86, 147.

³⁷⁹ MONTAÑO, Carlos. Obra citada, p. 200.

³⁸⁰ FALCÃO, Joaquim. Obra citada, p. 57, 96.

³⁸¹ BOURDIEU, Pierre. Obra citada, p. 13.

³⁸² GABARDO, Emerson. Obra citada, 2003, p. 164.

democrático, que não seja apenas garantidor de investimentos do grande capital.

Pedro DEMO critica a solidariedade utilizada como "massa de manobra" ou "truque de dominação", a "solidariedade de cima", proposta pelos defensores do poder, eivada de viés colonialista e imbecilizante. O autor defende que a solidariedade mantenha a capacidade dialética e de **confronto** dos assistidos, mantendo a condição **crítica** dos envolvidos, especialmente dos assistidos, pois do contrário pode representar discurso dos dominantes para **acalmar os excluídos**. Também entende que o "terceiro setor" tem se apresentado como um **projeto neoliberal**, quando acoberta tática de ocultação das políticas que aprofundam a marginalização social, confunde a sociedade brasileira e ocupa espaços públicos agora privatizados; e que este "setor" deveria ter como função principal a qualificação das ações do Estado, **nunca sua substituição**, tampouco sua desresponsabilização.³⁸³

Boaventura de Souza SANTOS entende que a nova articulação entre o Estado e o "terceiro setor" "não implica necessariamente a complementaridade entre um e outro e, muito menos, a substituição de um pelo outro".³⁸⁴

Criticando aqueles que propugnam as ONGs como substitutas do Estado falido, Thomas Miguel PRESSBURGER ensina que se esquece que a falência do Estado implica necessariamente na falência da sociedade civil, sendo a recíproca verdadeira: "não há portanto que se falar na falência do Estado frente à busca de poder pela Sociedade Civil pois são ambos irmãos xipófagos e a morte de um vai acarretar a morte do outro". Além disso, o autor ainda critica o oportunismo das ONGs, que vão atrás do dinheiro, pois têm que fazer caixa, pagar contas e criar empregos.³⁸⁵

Nuria CUNILL GRAU entende que quando o Estado pretende envolver as ONGs em atividades tipicamente estatais, "transferindo para tais organizações as suas próprias responsabilidades, isso traduz-se em colonização e burocratização do terceiro setor. O Estado pode delegar a prestação de serviços públicos mas **já** **jamais a responsabilidade** pela efetivação dos serviços sociais".³⁸⁶

³⁸³ DEMO, Pedro. *Solidariedade como efeito de poder*, apud SOUZA, Leandro Marins de. Obra citada, p. 34-40.

³⁸⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. Obra citada, 1998, 14-15.

³⁸⁵ PRESSBURGER, Thomas Miguel. Obra citada, p. 99, 126.

³⁸⁶ Apud BENTO, Leonardo Valles. Obra citada, p. 241.

Mesmo sendo favorável que as ONGs, as entidades do "terceiro setor" prestem serviços sociais, Belmiro Valverde Jobim CASTOR alerta que a expansão destas entidades exigem cuidados especiais, para que seja evitado o atendimento apenas de interesses particularísticos, o clientelismo, principalmente na tradição brasileira, na qual existe o risco real de que se desenvolvam relações incestuosas entre os ex-burocratas públicos, agora empresários do "terceiro setor", e seus antigos colegas, seus financiadores e fiscais. O repasse de patrimônio, servidores, e dinheiro público para as novas ONGs, "antigas repartições públicas", para o autor exigem cautela e controles efetivos até hoje nunca praticados na Administração Pública brasileira: "Daí para um regime de favorecimentos mútuos e abusos existe uma fronteira tênue, fácil de ser transposta, que transformaria o processo de 'publicização' em um processo de 'privatização' dos bens públicos para uso e fruição dos amigos do poder".³⁸⁷

Este espaço público não-estatal, segundo Emerson GABARDO, embora não deva ser utilizado como subterfúgio para o afastamento do Estado, certamente não pode ser desprezado. Segundo o autor, a concepção neoliberal defende que o intervencionismo estatal do Estado do bem-estar social acarreta a apatia social, mas agora é pela atuação estatal que se procura fomentar a participação "autônoma" dos indivíduos, o que gera alguns questionamentos: "o indivíduo tinha alguma responsabilidade antes do Estado Social, para que ele pudesse ter perdido? Se não tinha, o que está sendo 'devolvido?' Se tinha, **porque o Estado precisa dedicar tanta energia na promoção do terceiro setor?**". Segundo o autor uma das respostas explicaria que esta é uma "atuação indevida, pois o **terceiro setor caminha com suas próprias pernas, devendo o Estado cuidar do que lhe é peculiar**". (Grifo nosso.) Para ele o Estado social fez a sua avaliação científica, sua opção ética, e assumiu a responsabilidade, e não parece que nos Estados onde o Estado social tenha se realizado mais intensamente tenha havido ampliação da irresponsabilidade social, pelo contrário, a ausência de solidariedade parece ser mais verificada em Estados onde não restou concretizado o Estado social, surgindo novas dúvidas: "com a pretensa substituição do Estado Social, irá o indivíduo se responsabilizar? E mais, terá condições materiais de ser responsável, ao menos por si mesmo?". Para GABARDO o Estado não deve oprimir o "terceiro setor" pela regulamentação excessiva, e sempre deve considerar que as atividades

³⁸⁷ CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. Obra citada, p. 268-270.

desenvolvidas pelas ONGs jamais poderão substituir atividades típicas estatais, pois há falhas estruturais no setor privado.³⁸⁸

Sobre a temática do "terceiro setor", concordamos com as críticas negativas dos vários autores citados. Com o enfraquecimento do Estado social ou desenvolvimentista, as entidades do "terceiro setor" vêm servindo como prestadoras de serviços sociais, antes executados diretamente pelo Estado, em face ao discurso da pouca eficiência da Administração Pública.

Entendemos que o Estado, principalmente nos países **periféricos ou semi-periféricos** como o Brasil, ainda tem um **papel fundamental na execução direta de serviços sociais**. Não este Estado que conhecemos, mantenedor do grande capital, mas sim uma sociedade política realmente **democrática e participativa**, com uma sociedade civil organizada e presente, como um espaço de reivindicação social, em luta pela **emancipação** do indivíduo, e não por mais recursos para a "parceirização" tão em voga.

Em muitos momentos, a Administração, quando firma parcerias com o "terceiro setor", tem o intuito apenas de fugir do regime jurídico administrativo e obrigações constitucionais como a licitação e o concurso público, e não de fortalecer a sociedade civil organizada.

Os defensores do repasse dos serviços sociais às entidades do "terceiro setor" são contraditórios, ao defenderem que o Estado social está em crise por restrições orçamentárias, mas ao mesmo tempo propondo que o "terceiro setor" seja um substituto do Estado prestador de serviços, quando o mesmo Estado será o seu grande financiador.

Além disso, o discurso dominante é de que o Estado é obrigatoriamente ineficiente e que o "terceiro setor" é eficiente. Vemos que instituições estatais regidas em conformidade com os princípios constitucionais podem, sim, ser eficientes e eficazes na prestação de serviços públicos sociais, como por exemplo várias Universidade Federais. Verificamos, ainda, que entidades do "terceiro setor" também são passíveis de atuar com ineficiência e com falta de eficácia, não estando adstritas ao regime jurídico administrativo, sendo mal controladas pelo Poder Público e sociedade e, por decorrência, muitas vezes atuando como "pilantrópicas".

Entendemos que as entidades sociais terão o seu espaço num verdadeiro Estado social democrático de Direito, mas não como substitutas das funções do

³⁸⁸ GABARDO, Emerson. Obra citada, 2003, p. 165, 168, 170.

Estado.

2.2.7. Análise do "terceiro setor", por Boaventura de Souza Santos

Para Boaventura de Souza SANTOS “o terceiro sector está sujeito aos **mesmos vícios** que ultimamente têm sido atribuídos ao Estado e cuja superação é esperada do terceiro sector” e que “abundam experiências de **promiscuidade antidemocrática** entre o Estado e o terceiro sector”.³⁸⁹ (Grifo nosso.)

O autor entende que a leitura de que o ressurgimento do “terceiro setor” no final do século como oportunidade para o princípio da comunidade comprova as suas vantagens comparativas em relação ao princípio do mercado e ao princípio do Estado, devido a suas crises, é **superficial**, pois não é clara a dupla falha do Estado³⁹⁰ e do mercado³⁹¹ e, “em segundo lugar, a existir tal falhanço, é ainda **menos claro** que o princípio da comunidade, depois de um século de marginalização e de colonização por parte do Estado e do mercado, tenha ainda a **autonomia e energia** necessárias para protagonizar uma nova proposta de regulação social, mais justa, capaz de repor a equação entre **regulação social e emancipação social** que constitui a matriz originária da modernidade ocidental”.³⁹² (Grifo nosso.) Para o autor:

³⁸⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. Obra citada, 1998, p. 16. Exemplos disso são as seguintes matérias de jornais: LOBATO, Elvira. *ONGs são suspeitas de desviar verba de saúde*. Folha de S. Paulo de 28 de novembro de 2004. SOUZA, Josias de. *Fraude filantrópica custa R\$ 246,9 mi ao erário*. Folha de S. Paulo de 28 de dezembro de 2003. SADER, Emir. *Corrupção não-governamental*. In: Sítio Carta Maior. <http://agenciapcartamaior.uol.com.br>. Acesso em 02 de julho de 2005. COSTA, Raymundo. SALOMON, Marta. *Governo banca ONGs, mas não fiscaliza os seus gastos*. Folha de S. Paulo de 20 de outubro de 2003.

³⁹⁰ Para o autor o que está em crise é o Estado do Bem Estar, no centro, e o Estado desenvolvimentista na semiperiferia e periferia do sistema mundial, mas não está em crise o seu caráter repressivo, o seu protagonismo nos processos de regionalização supranacional e de liberalização da economia mundial, a sua função previdencial facilitadora e protetora em relação a empresas privadas que desempenham funções consideradas de interesse público: “O que está em crise no Estado é o seu papel na promoção de intermediações não mercantis entre cidadãos que o Estado tem desempenhado nomeadamente através da política fiscal e das políticas sociais. A maior sintonia que tem vindo a ser exigida entre as estratégias de hegemonia e de confiança, por um lado, e as estratégias de acumulação, por outro, sob o domínio desta última, tem vindo a fortalecer todas as funções do Estado que contribuem para o fortalecimento do capitalismo global”.

³⁹¹ Segundo ele hoje há uma hegemonia do mercado, que é “identificável na hubris com que a lógica empresarial do lucro tem vindo a permear áreas de sociedade civil até agora poupadas à incivilidade do mercado como, por exemplo, a cultura, a educação, a religião, a administração pública, a protecção social, a produção e gestão de sentimentos, atmosferas, emoções, ambientes, gostos, atracções, repulsas, impulsos. A mercantilização do modo de estar no mundo está a converter-se no único modo racional de estar no mundo mercantil”.

³⁹² Ibid., p. 07.

Qualquer que seja a ambigüidade conceitual do terceiro sector, a verdade é que nos países **centrais** o ressurgimento do terceiro sector está ligado à **crise do Estado-Providência**. Isto significa que o terceiro sector **não ressurja num contexto de lutas sociais e políticas avançadas** que procuram substituir o Estado-Providência por formas de cooperação, solidariedade e participação mais desenvolvidas. Pelo contrário, ressurge no início de uma fase de **retracção de políticas progressistas** em que os **direitos humanos da terceira geração, os direitos económicos e sociais**, conquistados pelas classes trabalhadoras depois de 1945, começam a ser **postos em causa**, a sua sustentabilidade questionada e a sua restrição considerada inevitável.³⁹³ (Grifo nosso.)

Boaventura ainda afirma que é certo que as organizações do "terceiro setor" aproveitaram o momento político para reforçar as suas ações de *lobbying* junto do Estado e obter vantagens e concessões para o desenvolvimento da sua intervenção. Mas muitas das novas iniciativas resultaram inicialmente de cooperativas de trabalhadores desempregados, do controle operário de empresas falidas ou abandonadas, de iniciativas locais para promover a reinserção de trabalhadores e famílias afetadas pela desindustrialização e pela reestruturação industrial, etc.³⁹⁴ E alerta:

A localização estrutural do terceiro sector torna-se ainda mais complexa no caso de organizações que, embora cumpram o **formato legal** do terceiro sector, **nada têm a ver com a filosofia** que lhe serve de base, quer porque se trata de organizações **de fachada**, cuja lógica é basicamente o **lucro**, mas que se organizam sob a forma de terceiro sector para **facilitar aprovação, obter subsídios, ter acesso a crédito ou a benefícios fiscais**.³⁹⁵ (Grifo nosso.)

Para ele, nos países periféricos e semiperiféricos, a autonomia do "terceiro setor" em relação aos Estados nacionais é muitas vezes obtida à custa da dependência em relação aos doadores estrangeiros.³⁹⁶

Alerta ainda que a sociedade civil organizada pode ser uma força de combate e resistência contra as relações de poder autoritárias e desiguais que caracterizam o sistema mundial, mas o "terceiro setor" pode ser um "instrumento dócil, disfarçadamente benevolente", dessas mesmas relações. O autor aduz que nos países periféricos e semiperiféricos, as limitações do Estado-providência, as vicissitudes da democracia e os próprios processos que deram origem ao "terceiro setor" fizeram com que as relações entre este e o Estado fossem muito mais **instáveis e problemáticas**, da **proibição ou forte limitação** da atuação das

³⁹³ Ibid., p. 08.

³⁹⁴ Ibid., p. 08.

³⁹⁵ Ibid., p. 10.

³⁹⁶ Ibid., p. 11.

organizações até à conversão destas em **meros apêndices ou instrumentos da ação estatal**.³⁹⁷

Outra crítica de Boaventura de Souza SANTOS sobre o "terceiro setor" nos países periféricos, é que “se nos países centrais o terceiro sector parece ser o resultado a forças endógenas identificáveis no espaço nacional, em alguns países periféricos, sobretudo nos menos desenvolvidos, o terceiro sector é o efeito local de **indução, quando não de pressões ou de interferências internacionais**”.³⁹⁸ (Grifo nosso.)

Quando analisa ROUSSEAU, Boaventura de Souza SANTOS entende que o autor francês foi o grande teorizador do princípio da comunidade,³⁹⁹ que o concebeu como contraponto indispensável do princípio do Estado⁴⁰⁰:

A comunidade é assim concebida como um todo e é isso que explica as **reservas de Rousseau às associações e corporações**, podendo, aliás, por isso, parecer estranho que o invoque como patrono do princípio da comunidade. A verdade é que para Rousseau a comunidade é um todo e é como todo que deve ser salvaguardada. Para isso, **é necessário eliminar todos os obstáculos às interações políticas entre cidadãos, uma vez que só destas pode emergir uma vontade geral não distorcida**. Dada a sua concepção de soberania popular, Rousseau, ao contrário de Montesquieu em *L'Esprit des Lois*, não precisa de conceber as associações e corporações como barreiras contra a tirania do Estado. Ao contrário, Rousseau **preocupa-se com a possibilidade de as associações e corporações se poderem transformar, elas próprias, em grupos poderosos e privilegiados capazes de distorcer a vontade geral em favor dos seus interesses particulares**. Por isso, propõe que, a haver associações, **elas sejam pequenas, no maior número possível e que se evite desigualdades de poder entre elas**. Esta posição de Rousseau tem hoje uma actualidade renovada. No momento em que o terceiro sector é crescentemente invocado como um antídoto contra a privatização do Estado de Bem Estar por grupos de interesse corporativos, é importante reter a advertência de Rousseau de que **o terceiro sector pode ser ele próprio uma fonte de corporativismo**.⁴⁰¹ (Grifo nosso.)

Boaventura de Souza SANTOS analisa este contexto sugere que é grande o risco de o "terceiro setor" ser chamado a ressurgir, não pelo mérito próprio dos valores que subjazem ao princípio da comunidade, como cooperação, solidariedade, participação, equidade, transparência, democracia interna, mas para atuar como **amortecedor das tensões produzidas pelos conflitos políticos decorrentes do**

³⁹⁷ Ibid., p. 12. Exemplos de limitação da atuação das ONGs em alguns países são o Zimbábue (BARBOSA, Bia. *Lei aprovada no Zimbábue agride autonomia de ONGs*. Sítio Carta Maior. <http://carta.maior.uol.com.br>. Acesso em 10 de janeiro de 2005) e a Rússia (FOLHA DE S. PAULO. *Senado aprova restrições a ONGs*, de 28 de dezembro de 2005, e *Putin contra as ONGs*, de 29 de dezembro de 2005).

³⁹⁸ Ibid., p. 06.

³⁹⁹ Que afirma a obrigação política horizontal e solidária de cidadão a cidadão, sendo esta a obrigação política originária, a que estabelece a inalienabilidade da soberania do povo de que deriva a obrigação política com o Estado.

⁴⁰⁰ Que estabelecia a obrigação política vertical entre cidadãos e o Estado.

⁴⁰¹ Ibid., p. 06-07.

ataque neoliberal às conquistas políticas dos setores progressistas e populares obtidas no período anterior. Se esse for o caso, o "terceiro setor" converte-se rapidamente na "solução" de um problema irresolúvel e o seu **mito** terá o mesmo destino que teve anteriormente o mito do Estado e, antes deste, o mito do mercado.⁴⁰²

Mesmo com esta visão crítica do "terceiro setor", o autor defende a articulação transnacional de movimentos, associações e organizações que defendam grupos subalternizados ou marginalizados pelo capitalismo global, o que ele chama de **globalização contra-hegemônica**, fundamental para organizar e disseminar estratégias políticas eficazes, criar alternativas ao comércio livre por via de iniciativas de comércio justo e garantir o acesso das ONGs dos países periféricos ao conhecimento técnico e às redes políticas onde emergem as políticas hegemônicas que afetam estes países.⁴⁰³

Boaventura de Souza SANTOS alerta que o papel do "terceiro setor" pode limitar-se à execução de políticas públicas, mas pode também envolver a **escolha** das políticas, a **formação** da própria agenda política, e pode ser exercido tanto por via da **complementaridade** como por via da **confrontação** com o Estado.⁴⁰⁴

Analisa, ainda, que há turbulências nas relações entre o Estado e o "terceiro setor", pois de um lado tenta-se preservar a autonomia e a integridade das organizações, com uma luta para que o seu papel **não se limite à execução das políticas** e que possam ter uma voz na **formulação destas**. Hoje, o virtual colapso de alguns países faz com que o problema se tenha invertido e seja agora o de **preservar a autonomia e mesmo a soberania do Estado face às ONGs transnacionais**, e o de garantir a participação do Estado, não só na execução, como também na própria formulação das políticas sociais adotadas pelas organizações e agências no seu território.⁴⁰⁵

O autor contempla a existência de duas concepções, a do "Estado-empresário", que pretende privatizar todas as funções que o Estado não tem de desempenhar com exclusividade, e a do "**Estado-novíssimo-movimento-social**", que defende a idéia de que perante a "hubris" avassaladora do princípio do mercado, nem o princípio do Estado, nem o princípio da comunidade podem

⁴⁰² Ibid., p. 09.

⁴⁰³ Ibid., p. 12.

⁴⁰⁴ Id.

⁴⁰⁵ Ibid., p. 12, 13.

isoladamente garantir a sustentabilidade de interdependências não mercantis, sem as quais a vida em sociedade se converte numa forma de fascismo societal, propondo uma **articulação privilegiada** entre os princípios do Estado e da comunidade sob a égide deste último. Do ponto de vista de autor, “estas transformações são tão profundas que, **sob a mesma designação de Estado, está a emergir uma nova forma de organização política mais vasta que o Estado**, de que o Estado é o articulador e que integra um conjunto híbrido de fluxos, redes e organizações em que se combinam e interpenetram elementos estatais e não estatais, nacionais, locais e globais”.⁴⁰⁶

2.2.8. Análise crítica do "terceiro setor", por Carlos Montaña

Para uma análise crítica do "terceiro setor" é essencial que estudemos a obra de Carlos MONTAÑO "Terceiro Setor e Questão Social: crítica ao padrão emergente de intervenção social"⁴⁰⁷, já bastante citada neste trabalho. Sobre esta doutrina, Carlos Nelson COUTINHO diz que MONTAÑO enfrenta teoricamente uma das principais artimanhas ideológicas do pensamento neoliberal: a tentativa de substituir o conceito gramsciano de sociedade civil, enquanto **arena privilegiada da luta de classes** e momento constitutivo do **Estado ampliado**, pela vaga noção de "terceiro setor", concebido como algo pretensamente situado para além do Estado e do mercado.⁴⁰⁸ Já Leandro Marins de SOUZA declara que a análise de MONTAÑO é aterrorizante e pessimista quanto aos desígnios do "terceiro setor".⁴⁰⁹

Segundo MONTAÑO, no Brasil, após a ditadura, a sociedade civil põe-se como *locus* privilegiado das lutas sociais e de classes pela hegemonia. Mas o isolamento e a mistificação de uma sociedade civil, definida como “terceiro setor”, popular, homogênea⁴¹⁰ e sem contradição de classes, que em conjunto buscaria o “bem-comum”, e em oposição ao Estado e ao mercado, contribui para facilitar a

⁴⁰⁶ Ibid., p. 13.

⁴⁰⁷ MONTAÑO, Carlos. *Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. São Paulo: Cortez, 2002.

⁴⁰⁸ COUTINHO, Carlos Nelson. Apresentação na capa da obra MONTAÑO, Carlos. *Terceiro setor e questão social*. São Paulo: Cortez, 2002.

⁴⁰⁹ SOUZA, Leandro Marins de. Obra citada, p. 34.

⁴¹⁰ Rogério Gesta LEAL aponta que o "terceiro setor" não é homogêneo. LEAL, Rogério Gesta. Obra citada, p. 174. Alexandre CICONELLO também aponta que não há na expressão "terceiro setor" unidade, convergência, consenso. CICONELLO, Alexandre. *O conceito legal de público no terceiro setor*. In: SZAZI, Eduardo. *Terceiro setor: temas polêmicos 1*. São Paulo: Peirópolis, 2004, p. 52.

hegemonia do capital na sociedade. Para ele o debate do "terceiro setor" não é alheio a esta questão, escamoteando o verdadeiro fenômeno, a desarticulação do padrão de resposta estatal às seqüelas sociais, desenvolvido, a partir das lutas de classes, no *Welfare State*. Com tudo isso, consoante o autor, **o conceito e o debate sobre o "terceiro setor" presta um grande serviço ao capital e à ofensiva neoliberal**, nesta luta pela hegemonia na sociedade civil, no interior do processo de reestruturação do capital, onde, no lugar da conquista do Estado exalta-se a parceria com ele.⁴¹¹

MONTAÑO entende que o debate do "terceiro setor" é ideológico⁴¹², promovido por setores ligados aos interesses neoliberais do grande capital ou numa fração da esquerda resignada mas de eventual intenção progressista, porém inteiramente funcional ao projeto neoliberal, e se encaixa perfeitamente no próprio projeto de desmonte da atividade social estatal, de reformulação das responsabilidades sociais, típicas do *Welfare State*, no interior do pacto keinesiano, ou conceituadas na Constituição de 1988.⁴¹³

Para o autor, alguns o acham pessimista, sem saída, ou até como generalizadora. Sobre o seu **pessimismo**, entende que o pessimismo da razão de GRAMSCI não cancela o otimismo da vontade, sempre sustentados no realismo da análise, e que quem erra na análise erra na ação. Segundo MONTAÑO, a esperança e o otimismo no suposto poder democratizador do "terceiro setor", pelos seus teóricos, é irmã da desesperança e do pessimismo que estes têm em relação ao Estado democrático e de direito, desconsiderando-o como espaço significativo de lutas de classes e sociais, e como *locus* da manutenção da ordem e ampliação da acumulação capitalista, porém também como **garantidor de certas conquistas sociais**. O autor vê como importante a mobilização da sociedade contra a fome e a miséria, mas aduz que estas ações têm caráter emergencial, não resolvem a médio e longo prazo suas causas, consolidam uma relação de dependência, e critica que a

⁴¹¹ Montañó, Carlos. Obra citada, p. 15, 16, 153.

⁴¹² Quando o autor trata do conceito ideológico de "terceiro setor", emprega o termo na acepção marx-engeliana de *A ideologia alemã*, como falsa consciência. Ibid., p. 22. "O esvaziamento dos princípios democráticos nacionais, as antipopulares reformas administrativas do Estado, a retirada da responsabilidade estatal na resposta às seqüelas da 'questão social', a significativa perda de direitos cidadãos, tudo isso exige mecanismos pseudoconservadores, ideológicos, que impeçam a clara identificação das causas das mazelas das populações". Ibid., p. 232. Após fazer um histórico sobre o termo "ideologia", Zygmunt BAUMAN analisa que o recente conceito positivo de ideologia propôs o termo como precondição indispensável de todo conhecimento, incluindo a variante científica. BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 114-135.

⁴¹³ Ibid., p. 17.

fé de se acreditar que nestas ações concentrem e esgotem todos os esforços reivindicatórios e as lutas sociais. Conforme MONTAÑO, ao esquecer as conquistas sociais garantidas pela intervenção e no âmbito do Estado, e ao apostar apenas, como prioridade, nas ações do "terceiro setor", zera-se o processo democratizador, volta-se à estaca zero, e começa-se tudo de novo, só que numa dimensão diferente, pois **no lugar da contradição capital/trabalho, temos a parceria entre classes por supostos interesses comuns**, e no lugar da superação da ordem como horizonte, temos a confirmação e humanização desta.⁴¹⁴

Sobre sua **generalização**, que não diferencia a filantropia da "pilantrópica", as ONGs realmente **comprometidas com os setores subalternos** e com o desenvolvimento, preservação e ampliação dos direitos sociais e trabalhistas, como a *Amnesty International*, *Green Peace*, daquela **maioria que apenas persegue o objetivo de enriquecer seus altos membros**, o autor a defende pois este setor termina por ser instrumentalizado pelo Estado e pelo capital, no processo de reestruturação neoliberal. Defende suas críticas ao "terceiro setor", e afirma que este debate desenvolve um papel ideológico claramente funcional aos interesses do capital no processo de reestruturação neoliberal, no caso, promovendo a **reversão** dos direitos sociais universais, não contratualistas e de qualidade, desenvolvidas pelo Estado e financiadas num sistema de **solidariedade universal compulsória**.⁴¹⁵

Augusto de FRANCO é contrário à generalização de MONTAÑO, pois entende que nem todas as entidades do "terceiro setor" são "pilantrópicas", e a maioria, para ele "é séria, honesta, não vive de dinheiro público".⁴¹⁶

MONTAÑO expõe que "a transformação social, revolucionária, requer condições objetivas (estruturais e conjunturais, lutas sociais) e subjetivas (consciência de classe para si, organização)", é que é "equivocado pensar que apenas as contradições imanentes à dinâmica do capital e suas crises irão derivar, como que naturalmente, no desmoronamento do sistema capitalista, como é errado pensar que só a intencionalidade de indivíduos e grupos subalternizados transformará a sociedade". Para ele:

⁴¹⁴ Ibid., p. 17, 18.

⁴¹⁵ Ibid., p. 18, 19. Para MONTAÑO, o fato de o Estado ser responsável pela questão social significa que toda sociedade é que tem essa responsabilidade, numa forma de solidariedade sistêmica, e o Estado é, na verdade, o instrumento privilegiado de sua realização, com financiamento compulsório de toda a sociedade, incluindo o capital. Com o repasse da ação social para o "terceiro setor", o "capital" se desonera da contribuição compulsória. Ibid., p. 235, 236.

⁴¹⁶ Ibid., p. 17.

a primeira visão reducionista **não considera a necessidade da atividade do sujeito**; identifica história com desenvolvimento natural das coisas, da estrutura, retirando althusserianamente o sujeito da história. O segundo reducionismo, presente nos autores do 'terceiro setor' que identificamos como de 'intenção progressista', não considera que a estrutura e dinâmica sistêmica, hegemonizada pelo grande capital (sujeito também presente na sociedade civil), armar-se-á de mecanismos (muitas vezes extra-econômicos, extraleais etc.) de defesa, de sistemas homeostáticos; **ignora habermasianamente que a classe hegemônica também está em luta**, para manipular (inclusive o mundo da vida), refuncionalizar ou impedir processos de transformação.⁴¹⁷ (Grifo nosso.)

A questão social no projeto neoliberal, para o autor, deixa de ser responsabilidade do Estado, e por meio deste do conjunto da sociedade, uma responsabilidade de todos, com suas contribuições compulsórias do financiamento estatal, um direito do cidadão; e passa a ser uma **auto-responsabilidade** dos próprios sujeitos portadores de necessidades, e da ação filantrópica/solidária/voluntária, de organizações e indivíduos, mas apenas como uma opção do voluntário que ajuda o próximo, e um não-direito do portador de necessidades, do cidadão pobre. Ou seja, critica a tese de que o "terceiro setor" estimularia os laços de solidariedade local e voluntária, e trata do fenômeno da auto-responsabilização dos usuários particulares como um verdadeiro processo de desresponsabilização estatal e do capital para a questão social.⁴¹⁸ Ele defende uma crescente e ativa participação da sociedade civil no controle social do poder estatal e nas lutas pela ampliação de direitos sociais e trabalhistas e da participação do trabalho nas decisões econômicas; sem que isso encubra uma substituição da responsabilidade estatal e do capital quanto às questões sociais como universalização, distributivismo e incondicionalidade das políticas sociais (consideradas como direitos de cidadania), com a garantia de preservação das conquistas históricas obtidas pelos trabalhadores.⁴¹⁹

Carlos MONTAÑO analisa que os defensores do ideário do "terceiro setor" induzem uma imagem: (a) mistificada de construção e ampliação da cidadania e democracia, retirando as reais condições para sua efetiva concretização; e (b) ideológica de transferência de atividades, de uma esfera estatal satanizada, considerada burocrática, ineficiente, desfinanciada, corrupta, para um santificado

⁴¹⁷ Ibid., p. 19, 20.

⁴¹⁸ Vania Mara Nascimento GONÇALVES é clara ao afirmar que o "terceiro setor" contribui para que a sociedade assuma a responsabilidade na satisfação de necessidades coletivas. GONÇALVES, Vania Mara Nascimento. *Estado, sociedade civil e princípio da subsidiariedade na era da globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 168.

⁴¹⁹ Ibid., p. 22, 168, 169.

"setor" supostamente mais ágil, eficiente, democrático e popular, uma sociedade civil transmutada em "terceiro setor". Assim, a desresponsabilização estatal das respostas às seqüelas da questão social seria supostamente compensada pela ampliação de sistemas privados do mercado (para a previdência e saúde, por exemplo) e do "terceiro setor" (para a assistência social).⁴²⁰

Retirar o Estado e o capital da responsabilidade de intervenção na questão social e transferi-los para o "terceiro setor", segundo o autor, **não ocorre por motivos de eficiência**, como se as ONGs fossem naturalmente mais eficientes que o Estado, **nem apenas por razões financeiras**. Para ele o motivo é fundamentalmente **político-ideológico**, de esvaziar o **direito universal** do cidadão quanto a políticas sociais estatais de qualidade; criar uma cultura de **autoculpa** pelas mazelas que afetam a população, e de **auto-ajuda e ajuda mútua** para seu enfrentamento; **desonerar o capital** de tais responsabilidades, criando, por um lado, uma imagem de **transferência de responsabilidades** e, por outro, a partir da precarização e focalização (não-universalização) da ação social estatal e do "terceiro setor", uma nova e abundante **demanda lucrativa** para o setor empresarial.⁴²¹

O debate do "terceiro setor" é um avanço da ofensiva neoliberal de retirar e esvaziar as históricas conquistas sociais e dos trabalhadores, contidas no keynesianismo, gerando maior aceitação e menor resistência a este processo, soando aos ouvidos de Ulisses como um sedutor canto de sereia, que o empurra às profundezas do mar.⁴²²

MONTAÑO analisa que o uso predominante do conceito de "terceiro setor" expressa uma noção claramente diferenciada do que o autor entende que realmente esteja em questão, pois a perspectiva de análise hegemônica parte de traços superficiais, epidérmicos do fenômeno, que o mistificaram e o tornaram ideológico. Esta perspectiva hegemônica, de clara inspiração pluralista, estruturalista ou neopositivista, isola os setores um dos outros e concentra-se em estudar, de forma desarticulada da totalidade social, o que entende que constitui o chamado "terceiro setor". A perspectiva do autor tem outro ponto de partida, a totalidade social, partindo da análise não de um fenômeno isolado, mas da crise e reestruturação do

⁴²⁰ Ibid., p. 22, 23.

⁴²¹ Ibid., p. 23.

⁴²² Ibid., p. 23, 24.

capital no último quarto do séc. XX, conectada à ofensiva neoliberal, seguindo para os países latino-americanos os ditames do Consenso de Washington, assumindo como motor da história não as vontades setorialmente isoladas de indivíduos ou de organizações, mas as lutas de classes, latentes ou manifestas, e determinadas a partir dos interesses, claramente contrapostos, entre o grande capital e o trabalho.⁴²³

O autor argumenta que parece enganosa a dita "não-governabilidade" e a "autogovernabilidade" das organizações do "terceiro setor", quando elas são financiadas pelo Estado, por meio de parcerias. Pois quando o Estado estabelece parceria com uma ONG e não com outra, está certamente desenvolvendo uma tarefa seletiva, dentro e a partir da política governamental, o que leva tendencialmente à presença e permanência de certas ONGs e não outras, e determinados projetos e não outros, aqueles selecionados pelos governos, integradas tendencialmente à política de governo e fortemente condicionadas pela política governamental, sem autonomia prática, ideológica e muito menos financeira dos governos. E pergunta porque os governos (e o mercado) não estabelecem parcerias com organizações como o MST ou o *Green Peace*, organizações que ingressam na luta contra o imperialismo, contra o capital.⁴²⁴

Ainda alerta que os autores do "terceiro setor" não diferenciam Estado e governo, e diferencia as parcerias com os governos nacionais, estaduais ou municipais com clara hegemonia do grande capital e engajados no projeto neoliberal, e outras são parcerias com governos, particularmente estaduais e municipais, de inspiração trabalhista ou progressistas, populares e democráticos.⁴²⁵

MONTAÑO, citando BAILEY, diz que os recursos do "terceiro setor" podem provir de simpatizantes, membros filiados à organização e público em geral; empresas doadoras ou fundações de filantropia empresarial; atividades comerciais, vendas de serviços; instituições estrangeiras; e recursos governamentais.⁴²⁶ Para Joaquim FALCÃO "se uma ONG vive apenas do orçamento público, deixa de ser uma organização não-governamental, por definição. É fantasia ideológica", mas o setor não vive e se fortalece apenas com recursos livres dos cidadãos e empresas.⁴²⁷

⁴²³ Ibid., p. 51, 52.

⁴²⁴ Ibid., p. 55, 57-60.

⁴²⁵ O autor cita como exemplos o governo de Salvador ALLENDE no Chile, do PT em Porto Alegre desde 1988, e da Frente Ampla em Montevideu desde 1989. Ibid., p. 136, 137.

⁴²⁶ Ibid., p. 211.

⁴²⁷ FALCÃO, Joaquim. Obra citada, p. 158, 160.

MONTAÑO ainda questiona o caráter de “**não-lucratividade**” dessas entidades, pois muitas são fundações, braços assistenciais de empresas (fundações Rockefeller, Roberto Marinho, Bill Gates) que “não podem esconder seu claro interesse econômico por meio da isenção de impostos, ou da melhoria da imagem de seus produtos (aumentando a venda ou o preço) ou até na função propagandística que estas atividades exercem (ver a Parmalat, as fundações Ronald Mc Donald, Albino Souza Cruz, Telefônica, Oderbrecht, Bradesco, entre outras)”, **tendo claro fim lucrativo, ainda que indireto**. Entende ainda que grande parte dos recursos repassados pelo Estado às entidades assistenciais não chega a seus destinatários finais, ficando para custear os **gastos operacionais** destas organizações, com salários de altos funcionários de muitas organizações chamadas popularmente de “**pilantropicas**”, o que teria uma finalidade lucrativa.⁴²⁸ Analisa ainda que se o grande mérito do “setor” é sua suposta ausência de procura do lucro, e se o Estado, por definição, também não tem fins lucrativos, a diferença estaria na condição “governamental” ou não, e não no caráter lucrativo. Além disso, entende ser ingênuo pensar que as atividades filantrópicas das empresas fariam parte do “terceiro setor”, pois elas visam, mesmo que indiretamente e encobertamente, fins lucrativos. Questiona por fim se os financiadores não imporiam às ONGs condições para obter financiamentos, e conclui: “o chamado ‘terceiro setor’, mesmo que de forma encoberta e indiretamente, não está à margem da lógica do capital e do lucro privado (e até do poder estatal). Ele é funcional à nova estratégia hegemônica do capital e, portanto, não é alternativo, e sim integrado ao sistema”.⁴²⁹

MONTAÑO questiona se deixar o controle do poder estatal para as elites, poder-se-ia pensar em um “contrapoder” desenvolvido absolutamente no exterior do Estado; como este “contrapoder” poderia levar a algum resultado mediante o estabelecimento de parcerias entre o Estado e estas “organizações externas”; como pensar que a hegemonia estatal não é uma expressão da hegemonia social, portanto, dando a direção da sociedade como um todo; como ignorar o antagonismo de classes – presente em todos os espaços sociais, e não apenas no Estado e no mercado, mas também na sociedade civil – operando uma substituição da contradição capital/trabalho pela suposta contradição Estado/sociedade civil, ou até,

⁴²⁸ MONTAÑO cita PETRAS, que informa que no caso da Bolívia, a partir de estudos da ONU e FAO, para cada 100 dólares gastos com projetos de desenvolvimento social realizados pelas ONGs, somente cerca de 15 a 20 dólares chegam até os seus beneficiários finais. Ibid., p. 58.

⁴²⁹ Ibid., p. 156, 157.

igualdade e justiça social/liberdade. Para o autor, “no projeto do ‘terceiro setor’, não se luta pelo poder estatal e/ou do mercado, pois ele seria inatingível; o que se quer é o poder que está ao alcance do subalterno, do cidadão comum, o ‘micropoder’ foucaultiano, criado nas associações e organizações comunitárias. Portanto, luta-se dentro da (e reforçando a) ordem capitalista”.⁴³⁰

MONTAÑO entende que a concepção que opõe Estado e sociedade civil, público e privado, tem clara inspiração liberal, pois a teoria marxista concebe-os como esferas necessariamente articuladas dialeticamente da totalidade social, e que muitos doutrinadores do “terceiro setor” distorcem o conceito de sociedade civil da obra gramsciana.⁴³¹ Carlos Nelson COUTINHO, sobre o tema, aduz:

Existem aqueles que se baseiam nas sofisticadas reflexões de J. Habermas (e de A. Arato e J. Cohen) sobre sociedade civil, as quais, apesar de seus limites teóricos e políticos, são certamente merecedoras de atenção e interlocução por parte dos gramscianos. Mas há também os que se inspiram nas tolices (por exemplo, de J. Rifkin) sobre um suposto “terceiro setor solidário”. Não é casual que estes últimos depositem hoje – no momento em que o governo de Cardoso se empenha em desmontar o pouco que temos de um sistema público de seguridade social – grande confiança na “filantropia empresarial”.⁴³²

O ideário de BRESSER PEREIRA, Ruth CARDOSO, Jeremy RIFKIN e Rubem César FERNANDES⁴³³, para MONTAÑO, é claramente neoliberal ou do contexto da chamada “terceira via”⁴³⁴, um “neoliberalismo light”, e remetem ao pensamento de TOCQUEVILLE e HAYEK, onde teme-se o Estado como garantidor

⁴³⁰ Ibid., p. 61, 62, 141.

⁴³¹ Ibid., p. 61.

⁴³² COUTINHO, Carlos Nelson, apud MONTAÑO, Carlos. Obra citada, p. 61.

⁴³³ Rubem César FERNANDES elabora esquema para representar as interações entre as esferas pública e privada: agentes privados para fins privados é o setor mercado, agentes públicos para fins públicos o setor é o estado, agentes privados para fins públicos é o “terceiro setor”, e agentes públicos para fins privados é corrupção. FERNANDES, Rubem César. Obra citada, 1994, p. 21.

⁴³⁴ O autor compara o “terceiro setor” com a terceira via, ideário supostamente contrário ao keynesianismo e neoliberalismo, que sustenta a regulação social organizada numa abstrata sociedade civil (“terceiro setor”). Ibid., p. 141. Para Maria da Glória GOHN, a terceira via dos anos 90 se contrapõe ao velho capitalismo liberal (primeira via), à velha social-democracia e sua forte dosagem estatal (segunda via). Cita Tony BLAIR, para quem a terceira via é uma social-democracia moderna, uma opção dentro da centro-esquerda, uma união entre o socialismo democrático e o liberalismo (Jornal O Estado de S. Paulo de 21/9/98 e Folha de S. Paulo de 23/9/98). Transcreve ainda Clovis Rossi (Folha de S. Paulo de 20/9/98), que acha que a terceira via trata-se do “Consenso de Washington”, receitas neoliberais a serem aplicadas nos Estados emergentes. Por fim, informa posição de Alain TOURAINE, que a trata como de centro-direita, pois aceita o essencial da lógica liberal e junta algumas medidas sociais (Folha de S. Paulo de 28/01/99). GOHN, Maria da Glória. *Educação não-formal e cultura política: impactos sobre o associativismo do terceiro setor*, 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 68-72. Francisco Quintanilha VÉRAS NETO também faz uma interessante relação entre a terceira via e o “terceiro setor”. VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. *Análise crítica da globalização neoliberal e seu impacto no mundo do trabalho à luz da interpretação dos conceitos de fetichização e racionalização nas obras de Karl Marx e Max Weber*. Tese de Doutorado. UFPR. 2004, p. 718-754.

da perigosa “justiça social” e da “igualdade”, e o mercado como promotor da almejada “liberdade”.⁴³⁵

MONTAÑO analisa Charles Alexis de TOCQUEVILLE, o qual, para ele, é um aristocrata nem revolucionário nem reacionário, que despreza e teme a multidão, ama a liberdade, a legalidade, o respeito pelos direitos, mas não a democracia. Para o autor do século XIX, existe uma forma de conter os perigos criados pelo desenvolvimento da igualdade: a formação de associações livres na sociedade civil, com a participação dos cidadãos, contra a tirania da maioria ou o Estado despótico. Segundo MONTAÑO o liberalismo clássico tem uma visão formal da liberdade e da democracia, e a diferença de TOCQUEVILLE em relação à maioria dos liberais é a participação nas associações livres da sociedade civil, mas não altera a essência da coisa: as formas para garantir e preservar intacta a liberdade formal. O autor francês ainda justifica a dificuldade do povo em participar do Estado, e assim poderia participar fora dele, na sociedade civil, o que, para MONTAÑO “trata-se de uma proposta que, no fundo, procura deixar a uma minoria, os poderosos (e capazes), o governo do Estado, atribuindo à maioria do povo a gratificante, porém dócil e pacífica atividade de participar por seus interesses particulares de associações livres”. Para MONTAÑO “o projeto de sociedade concebido por Tocqueville, baseado na participação cidadã em associações livres, supraclassistas, nada tem da busca de emancipação dos trabalhadores, dos oprimidos” e “seu projeto nada tem a ver com a ampliação do poder popular”, concluindo que o projeto de TOCQUEVILLE é conservador que, aplicado na forma de “terceiro setor”, efetivamente mostra-se um projeto regressivo.⁴³⁶

MONTAÑO critica Friedrich August von HAYEK, autor de “O Caminho da Servidão”, o “pai do neoliberalismo”, em combate ao Estado intervencionista, pois para HAYEK a liberdade, e não a democracia, a igualdade ou a justiça social, constitui o valor supremo, liberdade esta que florescerá do mercado concorrencial. HAYEK prevê a redução do Estado a ponto de retirar também a responsabilidade de tentar atingir a justiça social, sendo o teórico a “pedra de toque” dos autores do “terceiro setor”.⁴³⁷

Analisa ainda Jürgen HABERMAS, um crítico do pensamento pós-moderno

⁴³⁵ Ibid., p. 62, 63.

⁴³⁶ Ibid., p. 63-76. “O capital luta por instrumentalizar a sociedade civil – torná-la dócil, desestruturada, desmobilizada, amigável”. Ibid., p. 233.

⁴³⁷ Ibid., p. 76-87.

e positivista, que impugna a centralidade do trabalho da teoria marxiana, propondo a nova centralidade da esfera comunicacional, da intersubjetividade, o que “cai como uma luva para, entre outros, os autores do ‘terceiro setor’, que tanto se opõem ao suposto ‘economicismo’ marxista, que desconsideraria a ‘subjetividade’”, o que seria “pura ideologia que desvirtua uma teoria social tão mais rica do que suas vulgarizações”. Segundo MONTAÑO, “Habermas sente-se à vontade para afirmar que as teses marxianas não oferecem hoje uma análise satisfatória do ‘capitalismo tardio’” o que “demonstra total desconhecimento das análises desenvolvidas dentro da tradição marxista”. MONTAÑO ainda diz que “parece como que o agir comunicativo, e não as lutas de classes, é que opera como motor no processo de mudança social. O consenso, e não a contradição e confronto de interesses, seria o caminho sugerido por nosso autor. Um banquete teórico/ideológico para os autores do ‘terceiro setor’”. Conclui MONTAÑO, ao analisar HABERMAS, que:

a colonização do sistema sobre o mundo da vida, por via da razão instrumental, operada pelo poder político estatal e pelo dinheiro, deve ser enfrentada com a ampliação do mundo da vida, com o agir comunicativo que visa o estabelecimento de acordos, de consensos. Investir no fortalecimento do ‘terceiro setor’, ampliando as parcerias, os acordos entre as classes e setores sociais, colocando os empresários e os trabalhadores numa ação conjunta pelo bem comum, desenvolvendo a consciência social, diminuindo o poder estatal e do mercado, parece ser a tradução da teoria habermasiana para o campo do “terceiro setor”, enfrentando (supostamente) a razão neoliberal, presente (supostamente) no Estado e no mercado, com a razão solidária (supostamente) existente neste “terceiro setor”.⁴³⁸

Informamos que Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA e Fernando Borges MÂNICA também analisam HABERMAS,⁴³⁹ quando este diz que a sociedade civil é uma esfera que se apoia em direitos fundamentais, e que suas organizações conectam-se com o sistema político e com a esfera pública, interferindo na formação da opinião pública, e que os grandes problemas da sociedade são captados e identificados pelos centros nervosos da sociedade civil muito antes de fazê-los os centros da política.⁴⁴⁰

Jessé SOUZA, ao estudar HABERMAS (principalmente “Mudança Estrutural da Esfera Pública”), aduz que talvez a maior contribuição do autor para a sociologia tenha sido a análise das estruturas específicas de funcionamento da esfera pública. Para o autor alemão a esfera pública é um terceiro momento que não se confunde

⁴³⁸ Ibid., p. 88-105.

⁴³⁹ Os autores, nesta ocasião, citam MARX e o marxismo como passado (“como ainda acontecia na época de Marx e do marxismo”).

⁴⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre factibilidade e validade*, apud OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de, MÂNICA, Fernando Borges. Obra citada, 2005, p. 5209-5351.

com o mercado nem com o Estado. Uma esfera pública de conteúdo não-estatal.⁴⁴¹

Sobre ROSANVALLON, MONTAÑO informa que o autor entende que o Estado-Providência já não estaria prestando serviços a ninguém, e as lutas de classes seriam um dado sem sentido algum, pretendendo que a sociedade pós-social-democrata altere as relações sociais mantendo as relações e o sistema econômico, retirando da esfera estatal as questões econômicas, seguindo um modelo claramente sociológico-positivista. Segundo MONTAÑO, “só uma análise deseconomizada do Estado, desistoricizada do real, pode levar alguém a pensar na perda atual de finalidade do Estado-providência. Na verdade, esta formação estatal já não é totalmente adequada aos interesses do grande capital financeiro”. Para ROSANVALLON, que trata sobre a crise da chamada “solidariedade automática”, a “solidariedade não pode ser nem produto automático da dinâmica do mercado, nem um resultado automático do funcionamento do Estado”, e propugna enterrar o Estado-providência, almejando um “novo contrato social”, sem a estatização ou privatização, na defesa de uma sociedade civil mais visível e desenvolvendo uma solidariedade voluntária – o “terceiro setor”, com a redefinição das fronteiras e as relações entre o Estado e a sociedade, pela socialização (desburocratização e racionalização da gestão estatal), descentralização (aumento das responsabilidades das coletividades locais ao levar os serviços mais próximos destas) e autonomização (transferindo para as coletividades não-públicas tarefas de serviço público). MONTAÑO vê semelhanças entre os pensamentos de ROSANVALLON e BRESSER PEREIRA, com inspirações no Consenso de Washington.⁴⁴²

Para MONTAÑO, todo esse ideário “não é outra coisa que a camuflagem da desresponsabilização do Estado e (sua contraparte) a auto-responsabilização dos sujeitos pelas respostas a suas próprias necessidades; movimento este claramente focalizador e diferenciador dos serviços sociais; um golpe duro ao princípio de universalidade e à sua condição de direito de cidadania, conquistas históricas dos trabalhadores”.⁴⁴³

O autor critica o “novo contrato social” idealizado pelos defensores do “terceiro setor”, “negócio bom para o capital, péssimo para o trabalhador”, com a perda de direitos conquistados no período keynesiano, exclusão de parcela da

⁴⁴¹ SOUZA, Jessé. *A modernização seletiva: uma interpretação do dilema brasileiro*. Brasília: UNB, 2000, p. 59-68.

⁴⁴² MONTAÑO, Carlos. Obra citada, p. 109-112.

⁴⁴³ Ibid 113, 114.

população dos “benefícios” do novo contrato, perda de direitos dos trabalhadores e retirada do Estado como mecanismo de controle e regulação social; e que o resultado da política do “terceiro setor” a partir da década de 90 é a despolitização do conflito, com a retirada do substrato de classe ou econômico e rompimento da relação direta dos movimentos sociais com o Estado (agora intermediado pela ONG), deixando as entidades, na maioria dos casos, de se preocupar com o nível de organização e poder dos movimentos sociais, pois agora eles “não estão sozinhos” mas acompanhados por essas ONGs, seus representantes e mediadores. Para ele “a chamada ‘parceria’ não é outra coisa senão o repasse de verbas e fundos públicos no âmbito do Estado para instâncias privadas, substituindo o movimento social pela ONG. E essa verdadeira transferência de recursos públicos para setores privados não ocorre sem uma clara utilidade política governamental”, transformando o Estado num “verdadeiro subsidiador e promotor destas organizações e ações do chamado ‘terceiro setor’ e da ilusão do seu serviço”.⁴⁴⁴

Carlos MONTAÑO conclui:

Enfrentar criticamente o debate dominante sobre o conceito “terceiro setor” e os seus desdobramentos ideológicos, defender a manutenção e ampliação da atividade estatal nas respostas às seqüelas da ‘questão social’, constitutivas de direitos universais, nada disto tem como pressuposto a mínima perspectiva de uma sociedade que despreze as lutas da sociedade civil, dirigindo-as apenas para a esfera do Estado. Longe disso. É tão equivocado considerar apenas o Estado como arena possível de lutas sociais, como considerar a sociedade civil como seu espaço único e exclusivo.⁴⁴⁵

Defende ainda que as lutas desenvolvidas na sociedade civil são absolutamente necessárias num processo de efetiva transformação social, a caminho da emancipação humana e, contrariando HABERMAS, e criticando o capitalismo, o autor aduz que “a dinâmica capitalista deve invadir não apenas o mundo do trabalho, as relações comerciais do mercado, a atividade política estatal, mas a sociedade civil e até a vida privada; enquanto isso não acontecer, existirão áreas que poderão tornar-se contra-hegemônicas”.⁴⁴⁶

2.2.9. Considerações sobre as esferas pública, privada e social

⁴⁴⁴ Para MONTAÑO o ideário do “terceiro setor” é “mais um passo no histórico processo ideológico de despolitização das organizações e atividades populares”, onde “perdeu-se a autonomia do movimento pela dependência das ONGs no financiamento estatal, empresarial ou das fundações internacionais”. Ibid., p. 142-144, 146, 148, 149.

⁴⁴⁵ Ibid., p. 263, 264.

⁴⁴⁶ Ibid., p. 264, 266, 267.

O "terceiro setor", quando é analisado, é muito citado como sendo o espaço público não-estatal. Analisaremos, no presente tópico, os posicionamentos de Hannah ARENDT e Hans Kelsen sobre os termos "Público" e "Privado", e consequentemente Direito Público e Direito Privado, para após concluirmos algumas questões também sobre este dito espaço público não-estatal.

2.2.9.1. A esfera social, por Hannah Arendt

Ao analisar a dicotomia entre o público e o privado, Alexandre da MAIA alerta que a distinção entre os dois institutos na antigüidade é uma árdua tarefa, mas que a obra "A Condição Humana" de Hannah Arendt é fundamental para uma abordagem crítica a respeito.⁴⁴⁷ A citada filósofa e pensadora política alemã estrutura seu estudo sobre o público e o privado a partir do conceito de *vita activa* - a vida humana na medida em que se empenha ativamente em fazer algo -, que tem raízes permanentes num mundo de homens ou de coisas feitas pelos homens, mundo esse que ela jamais abandona ou chega a transcender completamente.⁴⁴⁸

Pela expressão *vita activa*, seriam três as atividades humanas fundamentais: (a) **labor** (*labor*): seria o processo biológico do corpo humano, e sua condição humana seria a própria vida, exercido pelo *animal laborans*, no domínio a casa, sem liberdade, com o intuito de produção de bens de consumo. O labor encontrava-se eminentemente na esfera privada na antigüidade; (b) **trabalho** (*work*): seria a atividade artificial da existência humana, e sua condição humana seria a mundanidade, exercido pelo *homo faber*, na produção de bens duráveis. No mundo antigo seria um intermédio entre o público e o privado, mais próximo do público; e (c) a **ação** (*action*): seria a única atividade exercida diretamente entre os homens, sem a mediação das coisas ou da matéria, e sua condição humana seria a pluralidade, exercida pelos homens livres, os *politikon zoon*, e o seu espaço seria o da política. Na antigüidade fica clara que a esfera pública é a esfera da ação.⁴⁴⁹

⁴⁴⁷ MAIA, Alexandre da. *A dicotomia público x privado com o advento do Estado Social: uma análise crítica à obra de Hannah Arendt*. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, nº 46, out/2000. Disponível em: </www.jus.com.br>. Acesso em: 06.08.2004, p. 3/14.

⁴⁴⁸ ARENDT, Hannah. *A condição humana*, 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 31.

⁴⁴⁹ João Maurício ADEODATO prefere traduzir *labor* como trabalho e *work* como "produção de objetos" *apud* MAIA, Alexandre da. Obra citada, p. 4/14. Em sentido semelhante DUPAS, Gilberto. Obra citada, p. 27.

Todas as atividades humanas são condicionadas pelo fato de que os homens vivem juntos, mas a ação é a única que não pode sequer ser imaginada fora da sociedade dos homens. O labor não requer a presença de outros, mas alguém que labora em solidão não seria humano, mas um *animal laborans*. Assim como quem trabalhasse, fabricasse e construísse em solidão seria apenas um *homo faber*, e não teria sua qualidade humana. Segundo a autora “só a ação é prerrogativa exclusiva do homem; nem um animal nem um deus é capaz de ação, e só a ação depende inteiramente da constante presença de outros”.⁴⁵⁰

A pensadora cita o *zoon politikon* de ARISTÓTELES traduzido como *animal socialis* por SÊNECA e até Tomás de AQUINO como “o homem é, por natureza, político, isto é, social”, sendo que a palavra “social” é de origem romana, sem equivalente na Grécia antiga. Alerta que o uso latino do termo *societas* tinha uma acepção política, embora limitada, pois “indicava certa aliança entre pessoas para um fim específico, como quando os homens se organizavam para dominar os outros ou para cometer um crime” e, com o posterior termo “sociedade da espécie humana”, temos a palavra “social” com um sentido geral de condição humana fundamental.

ARENDT analisa que no pensamento grego, a cidade-estado significava que o homem recebera, além da sua vida privada, uma segunda vida, o seu *bios politikos*. A fundação da *polis* significava a destruição de todas as unidades organizadas à base do parentesco. De todas as atividades humanas, apenas duas eram políticas (*bios politikos* de Aristóteles): a ação (*praxis*) e o discurso (*lexis*), sendo excluído tudo o que fosse apenas necessário ou útil.

Assim, quase todas as ações políticas são realizadas por meio de palavras, e o ato de encontrar palavras adequadas no momento certo constitui uma ação: “Somente a pura violência é muda”, e por isso ela, por si só, jamais poderá ter grandeza. Na experiência da *polis* (o mais eloquente dos corpos políticos), a ação e o discurso separam-se e tornaram-se atividades cada vez mais independentes, e a ênfase passou da ação para o discurso. O ser político, o viver numa *polis*, significava que tudo era decidido mediante palavras e persuasão, e não pela força ou violência.⁴⁵¹

Todo o político era chamado de *rethor*, e a retórica (arte de falar em público,

⁴⁵⁰ ARENDT, Hannah. Obra citada, p. 31.

⁴⁵¹ Ibid., p. 32 e 35.

chamada por ARISTÓTELES de arte da persuasão), era oposição à dialética (arte do discurso filosófico):

Para os gregos, forçar alguém mediante violência, ordenar ao invés de persuadir, eram modos pré-políticos de lidar com as pessoas, típicos da vida fora da *polis*, característicos do lar e da vida em família, na qual o chefe da casa imperava com os poderes incontestes e despóticos, ou da vida nos impérios bárbaros da Ásia, cujo despotismo era freqüentemente comparado à organização doméstica.

Para ARISTÓTELES, todos os que viviam fora da *polis* (escravos e bárbaros), eram destituídos não da fala, mas de um modo de vida no qual o discurso (apenas ele) tinha sentido, e a preocupação central de todos os cidadãos era discorrer uns com os outros.

A filósofa alerta que há erros de interpretação e equacionamento das esferas política e social. A distinção entre a esfera de vida privada e pública corresponde à existência das esferas da família e da política como entidades diferentes e separadas, pelo menos com o surgimento da antiga cidade-estado, **mas a ascendência da esfera social (nem privada nem pública)**, é um fenômeno novo, com o surgimento da era moderna, que encontrou sua forma política no estado nacional.

Para ela há **dificuldade em compreender** a divisão entre as esferas **pública e privada**, entre a esfera da *polis* e da família, e entre as atividades do mundo comum e as de manutenção da vida, entendendo que a linha divisória é inteiramente **difusa**, “porque vemos o corpo de povos e comunidades políticas como uma família cujos negócios diários devem ser atendidos por uma administração doméstica e gigantesca”.

O pensamento científico dessa nova concepção já não é a ciência política, mas sim a economia nacional ou economia social, que indicam uma espécie de “administração doméstica coletiva”, e o que chamamos de sociedade “é o conjunto de famílias economicamente organizadas”, sendo uma cópia de uma única família sobre-humana, e sua forma política de organização é a nação. Por mais que o surgimento da cidade-estado e da esfera pública tenha ocorrido às custas da esfera privada da família e do lar, a antiga santidade do lar (mais na Grécia que em Roma), jamais foi inteiramente esquecida, o que impediu que a *polis* violasse as vidas privadas de seus cidadãos. O motivo do entendimento dos limites sagrados de cada

propriedade “não foi o respeito pela propriedade privada tal como a concebemos”,⁴⁵² mas sim o fato de que o homem, sem ser dono de sua casa, não podia participar dos negócios do mundo. Mesmo Platão, cujos planos políticos previram a abolição da propriedade privada e a expansão da esfera pública ao ponto de aniquilar a vida privada, ainda reverenciava Zeus Herkeios, o protetor das fronteiras.

Hannah ARENDT aduz que na esfera familiar os homens viviam juntos, compelidos por suas necessidades e carências, e a força compulsiva era a própria vida, com a manutenção individual como tarefa do homem e sobrevivência da espécie como tarefa da mulher.

A esfera da *polis* era a esfera da liberdade. A política não podia ser apenas um meio de proteger a sociedade (seja qual for a sociedade – de fiéis, de operários, de empregados, etc). É a liberdade da sociedade que requer e justifica a limitação da autoridade política, e ela (a liberdade) situa-se na esfera do social, e a força e a violência tornam-se monopólio do governo.

Os filósofos entendiam que a liberdade situa-se exclusivamente na esfera pública, que a necessidade é um fenômeno pré-político da organização do lar privado, e que a força e a violência são justificadas nessa esfera por serem os meios de vencerem a necessidade (ex: repressão aos escravos) e alcançar a liberdade. A *polis* somente conhecia os iguais, enquanto que a família era o centro da desigualdade. Ser livre era não estar sujeito às necessidades da vida, ao comando de outros, e também não comandar (nem domínio nem submissão).

Na esfera da família a liberdade não existia, e o chefe da família só era considerado livre se tinha a faculdade de deixar o lar e ingressar na esfera política, onde todos eram iguais. Essa igualdade tinha pouco em comum com o nosso sentido de igualdade, pois significava viver entre pares e lidar somente com eles, e pressupunha a existência de desiguais (que eram a maioria da população).

No mundo moderno as **esferas social e política diferem muito menos entre si**. A política é apenas uma função da sociedade, a ação, o discurso e o pensamento são apenas superestruturas assentadas no interesse social, sendo impossível perceber um grande abismo entre as duas esferas. Com a ascensão da sociedade (elevação do lar doméstico ou das atividades econômicas ao nível público), tudo relativo à esfera privada da família transformou-se em interesses coletivos.

⁴⁵² Ibid., p. 36, 37 e 39.

Na época medieval o conceito de bem comum estava longe de indicar a existência de uma esfera política, pois reconhecia apenas que os indivíduos privados têm interesses materiais e espirituais em comum, e só podem conservar sua privacidade e cuidar de seus próprios negócios quando um deles se encarrega de zelar por esses interesses comuns. A autora alerta que o que distingue essa atitude cristã da realidade moderna em relação à política é a exclusividade da esfera privada e a ausência da **esfera híbrida que é a sociedade, na qual os interesses privados assumem importância pública**.

A passagem da sociedade do interior do lar para a esfera pública diluiu a antiga divisão entre privado e público e alterou o significado dos dois termos, tornando-os quase irreconhecíveis. Na visão de ARENDT não concordaríamos com os gregos (uma vida vivida na privatividade própria do indivíduo – *idion* – à parte do mundo comum é idiota), nem com os romanos (privatividade oferecia apenas refúgio temporário contra os negócios da *res publica*):

O que hoje chamamos de privado é um círculo de intimidade cujos primórdios podemos encontrar nos últimos períodos da civilização romana, embora dificilmente em qualquer período da antiguidade grega, mas cujas peculiares multiformidade e variedade eram certamente desconhecidas de qualquer período anterior à era moderna.⁴⁵³

Os antigos entendiam que existia o caráter privativo da privatividade (indivíduo se privava de alguma coisa – o escravo, o bárbaro). Com o moderno individualismo há um enriquecimento da esfera privada, mas essa privatividade moderna ainda é oposta à esfera social.

ROUSSEAU era contra as exigências niveladoras do social, o que hoje seria o conformismo inerente a toda a sociedade. Com a ascensão da sociedade e declínio da família, o que ocorreu, na verdade, foi uma absorção da família por grupos sociais correspondentes, e nessa sociedade existia um poder parecido com o poder despótico do chefe da casa, existindo apenas um interesse comum, uma opinião unânime, um poder exercido por um único homem.

A sociedade exclui a possibilidade de ação, que antes era exclusiva do lar doméstico e, ao invés da ação, a sociedade espera de cada um dos seus membros um certo tipo de comportamento, impondo várias regras, normalizando seus membros, fazendo-os ficarem comportados, abolindo a espontaneidade e a reação inusitada.

⁴⁵³ Ibid., p. 48.

O surgimento da sociedade de massas indica que os vários grupos sociais foram absorvidos por uma sociedade única, como as famílias haviam sido absorvidas por grupos sociais, ocorrendo por parte da esfera social o controle com igual força de todos os membros de determinada comunidade. Quanto maior é a população de qualquer corpo político maior é a probabilidade de que o social, e não o político, constitua a esfera pública, pois os indivíduos, agrupados numa multidão, desenvolvem inclinação para o despotismo pessoal ou governo da maioria. A autora ainda alerta que a ausência ou a presença de uma esfera pública é tão irrelevante quanto qualquer realidade tangível e mundana; e nenhuma atividade pode tornar-se excelente se o mundo não proporciona espaço para o seu exercício.

Quando ARENDT trata sobre a esfera pública, diz que o termo público denota dois fenômenos correlatos, mas não idênticos: a) tudo o que vem a público pode ser visto e ouvido por todos e tem a maior divulgação possível. A aparência constitui a realidade; e b) o termo público significa o próprio mundo, na medida em que é comum a todos nós e diferente do lugar que nos cabe dentro dele:

o que torna tão difícil suportar a sociedade de massas não é o número de pessoas que ela abrange, ou pelo menos não é este o fator fundamental; antes, é o fato de que **o mundo entre elas perdeu a força de mantê-las juntas, de relacioná-las umas às outras e de separá-las.**⁴⁵⁴

Diz ainda que o mundo comum só sobrevive ao advento e partida das gerações na medida em que tem presença pública, e isso que absorve e dá brilho ao que os homens venham a preservar da ruína natural do tempo. Antigamente os homens ingressavam na esfera pública por desejarem que algo fosse mais permanente que suas vidas terrenas:

Talvez o mais claro indício do desaparecimento da esfera pública na era moderna seja a quase completa perda de uma autêntica preocupação com a imortalidade, perda esta um tanto eclipsada pela perda simultânea da preocupação metafísica com a eternidade.⁴⁵⁵

Finalizando a tratativa da esfera pública, a autora entende que a *polis* (grega) e a *res publica* (romana) eram a garantia contra a futilidade da vida individual, o espaço protegido contra essa futilidade e reservado a relativa permanência dos mortais. Já a opinião da era moderna sobre a esfera pública, após

⁴⁵⁴ Ibid., p. 59-62.

⁴⁵⁵ Ibid., p. 65.

a promoção da sociedade à proeminência pública, é uma sociedade de massas onde vemos todos passarem subitamente a se comportar como se fossem membros de uma única família, cada um a manipular e prolongar a perspectiva do vizinho, tornando os homens privados de ver e ouvir os outros e privados de ser vistos e ouvidos por eles, o que a autora chama de prisioneiros da subjetividade de sua própria existência singular.

Quando trata da esfera privada, a autora diz que a acepção original de privado é “privação”, da destituição de coisas essenciais à vida verdadeiramente humana, e que nas circunstâncias modernas a privação da relação entre as pessoas tornou-se o “fenômeno de massa da solidão”. Posteriormente, quando trata sobre a propriedade, ARENDT diz que “a riqueza privada (...) tornou-se condição para admissão à vida pública (...) porque garantia como razoável certeza que ele não teria que prover para si mesmo os meios do uso e do consumo, e estava livre para exercer a atividade política”. Depois, quando passou à esfera pública, “a sociedade assumiu o disfarce de uma organização de proprietários que, ao invés de se arrogarem acesso à esfera pública em virtude de sua riqueza, exigiram dela proteção para o acúmulo de mais riqueza”.⁴⁵⁶

Numa crítica aos economistas liberais, a autora aduz:

Devo confessar que não vejo em que se baseiam os economistas liberais da sociedade atual (que hoje se chamam de conservadores) para justificar seu otimismo, quando afirmam que apropriação privada de riqueza será bastante para proteger as liberdades individuais – ou seja, desempenhará o mesmo papel da propriedade privada. Numa sociedade de detentores de empregos, estas liberdades só estão seguras na medida em que são **garantidas pelo estado**, e ainda hoje são constantemente ameaçadas, não pelo estado, mas pela sociedade, **que distribui os empregos e determina a parcela de apropriação individual**.⁴⁵⁷ (Grifo nosso.)

Alexandre da MAIA ainda alerta:

As esferas pública e privada, pois, possuíam traços nítidos de distinção entre os antigos, mas o advento da modernidade, dentre outras características próprias do nosso tempo, fizeram com que a distinção entre o direito público e privado ficasse cada vez mais tênue.⁴⁵⁸

A partir desta análise é que o autor trabalha as teses jusnaturalistas sobre o público e o privado, ao aduzir que “o pano de fundo das teses jusnaturalistas está em se pensar numa ordem jurídica que seria superior aos ordenamentos jurídicos

⁴⁵⁶ Ibid., p. 68, 74 e 78.

⁴⁵⁷ Ibid., p. 78.

⁴⁵⁸ MAIA, Alexandre da. Obra citada, p. 5-6/14.

positivos”, e que “havendo conflito entre a ordem natural e as ordens positivas, prevaleceria a norma de direito natural”. O autor ainda cita que existiu o jusnaturalismo teológico (Igreja católica seria o órgão oficial intérprete dos desígnios da divindade), e o jusnaturalismo antropológico, o qual pregava que nem Deus poderia modificar o direito natural, existindo “uma limitação ao poder da divindade, muito embora não se negue a sua força de mecanismo legitimador da esfera pública”. MAIA ainda entende que com a Revolução Francesa e o surgimento da Era Moderna, começa a ocorrer uma identificação entre os conceitos arendtianos de trabalho e ação, e “o agir político, agora, é visto como um centro produtor de ‘bens de uso’, como ordem, segurança, paz, etc”.

Hannah ARENDT analisa que a contradição entre o público e o privado, dos estágios iniciais da era moderna, trouxe a “completa extinção da própria diferença entre as esferas privada e pública, a **submersão de ambas na esfera do social**”.⁴⁵⁹ (Grifo nosso.)

Elementos que na antigüidade eram próprios do privado foram para a seara que era estritamente pública, o que gerou uma junção de aspectos da esfera pública e privada.

Em contraposição ao Estado Liberal, cuja pregação pelas cláusulas livres nos contratos firmados entre particulares, o que acentuou desigualdades sociais, com uma concentração de poder e renda nas mãos de poucos, surgiu o Estado Social, que limitou a autonomia privada, dificultando a diferenciação entre o público e o privado, o que é chamado de dirigismo estatal, cujo objetivo é “efetuar uma limitação à autonomia privada, no sentido de que ela fica tolhida, na medida em que certos aspectos da realidade jurídico-contratual já estão preestabelecidos a partir de normas jurídicas estatais”, segundo Alexandre da MAIA, que comenta:

Apesar da configuração de um Estado social, não se pode dizer, efetivamente, que ele está alcançando de fato os seus fins. Tal assertiva se sustenta pela cada vez maior impossibilidade de o Estado deter plenamente o monopólio da produção e aplicação do direito. Mais que isso: quase sempre a normatização dos chamados direitos sociais não conseguem chegar a uma concretização efetiva de seus pressupostos, utilizando-se o Estado de uma estruturação retórica de que a mera produção legislativa, de per si, pode ser eficiente ao efetivo exercício dessa nova geração de direitos constitucionalmente prescritos, no caso do Brasil. Tal crise institucional é cada vez mais evidente. O Estado se observa inerte ante aos direitos sociais, especialmente com as políticas de privatização, como numa tentativa de se regressar ao Estado mínimo característico do liberalismo. Todavia, não se pode negar a existência, ao menos formal – com uma eficácia cada vez mais acentuada –, de normas jurídicas estatais regulando matérias que eram próprias do mundo privado,

⁴⁵⁹ ARENDT, Hannah. Obra citada, p. 79.

quando da experiência do Estado liberal.⁴⁶⁰

O autor conclui no sentido de que por mais que haja uma inexistência de rigor na distinção entre direito público e privado, o aspecto funcional da diferenciação é importante, para a divisão os ramos do direito positivo que se organiza a justiça e estruturação acadêmica dos cursos de bacharelado em Direito.

Posição semelhante à de Hans KELSEN, que em seu “Teoria Geral do Direito e do Estado”, ao concluir sobre Direito público e privado, aduz que a distinção varia em significado, conforme se pretenda diferenciar o Direito criminal ou Direito Administrativo do Direito privado, mas que “a distinção, como princípio para uma sistematização geral do Direito, é inútil”.⁴⁶¹ A diferenciação entre Direito público e privado de Kelsen será analisada no tópico seguinte.

2.2.9.2. O público e o privado

Hans KELSEN, em seu “Teoria Pura do Direito”, ao analisar o dualismo do Direito público e do Direito privado, aduz que até aproximadamente a metade do século XX não se tinha conseguido alcançar uma determinação completamente satisfatória da distinção entre o Direito público e o Direito privado, pois a posição dominante era no sentido de que este representa uma relação entre sujeitos em posição de igualdade (juridicamente o mesmo valor) e o Direito público uma relação entre um sujeito supra-ordenado e um sujeito subordinado (um com valor jurídico superior). Dominava a posição de que a relação de Direito público era entre o Estado e o súdito (relações de “poder” ou de “domínio”) e a de Direito privado como relações “de Direito”.⁴⁶²

O autor ainda exemplifica, no sentido de que a relação de Direito público, segundo a teoria antiga, seria uma ordem administrativa por meio da qual o destinatário da norma é juridicamente obrigado a uma conduta conforme o comando e a de Direito privado seria o negócio jurídico, o contrato, que cria norma individual, no qual vinculam-se as partes contratantes a uma conduta recíproca:

⁴⁶⁰ MAIA, Alexandre da. Obra citada, p. 8/14.

⁴⁶¹ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1990, p. 206.

⁴⁶² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 296.

Enquanto aqui [Direito privado] os sujeitos que hão de ser vinculados participam na criação da norma vinculante – nisto reside precisamente a essência da produção contratual do Direito –, o sujeito que vai ser obrigado não tem, relativamente ao comando administrativo de Direito público, qualquer espécie de participação na criação da norma vinculante. É o caso típico de uma criação normativa autocrática, ao passo que o contrato de Direito privado representa um método de criação jurídica pronunciadamente democrático.⁴⁶³

KELSEN, citando a Teoria Pura do Direito, defende a relativização da distinção entre Direito público e privado: (a) na diferença de dois métodos de criação do Direito; (b) que os atos públicos do Estado são os mesmos atos jurídicos que aparecem nos negócios jurídicos privados; (c) ambos os atos são o prolongamento do processo da chamada formação da vontade do Estado; (d) em ambos apenas se realiza a individualização de uma norma geral (lei administrativa no caso de um ato público do Estado e lei civil nos atos privados).

O autor aduz que com a defesa absoluta da oposição entre o Direito público e privado “cria-se a idéia de que no domínio do Direito público, especialmente no do Direito constitucional e administrativo – que têm especial importância política –, o princípio da legalidade não vale com o mesmo sentido e com a mesma intensidade que no domínio do Direito privado”. Kelsen, enfim, é **contrário** ao entendimento de que no Direito público domina o interesse do Estado, o bem público (realização livre do fim do Estado tão-somente delimitada pelos quadros da lei), e não o Direito estrito, ao contrário do Direito privado (aplicação vinculada das leis a casos concretos), com a diferenciação da relação entre norma geral e o órgão de execução. Diz que esta distinção não tem qualquer fundamento no próprio Direito, mas é uma tendência tanto nas monarquias constitucionais quanto nas repúblicas democráticas.⁴⁶⁴

Outro ponto que o autor discorda é “a impressão de que só o domínio do Direito público (...) seria o setor de dominação política e que esta estaria excluída no domínio do Direito privado”.⁴⁶⁵ Finaliza sua análise sobre Direito público e privado ao dispor que tanto no capitalismo quanto no socialismo é possível uma produção democrática de normas jurídicas gerais com uma produção autocrática das normas jurídicas individuais, assim como o inverso.

Sobre o público e o privado, concluímos que na antigüidade, as expressões “público” e “privado” tinham características de dualidade extremamente maiores que

⁴⁶³ Ibid. p. 297.

⁴⁶⁴ Ibid., p. 298, 299.

⁴⁶⁵ Ibid., p. 299, 300.

na atualidade. O surgimento do Estado social fez com que elementos que anteriormente eram privados passassem para a esfera pública, acarretando uma junção de aspectos das duas esferas, submergindo a **esfera social**.⁴⁶⁶

Assim, normas jurídicas advindas do Estado, limitando a liberdade contratual entre particulares, o chamado de dirigismo estatal, ocasionaram a **dificuldade em se diferenciar a esfera pública da privada**, pois ambas estariam sujeitas às normas delimitadoras definidas pelo Estado. A diferença entre Direito público e Direito privado no sentido de que o primeiro representa a relação entre o Estado e um subordinado, e o segundo a relação entre sujeitos em posição de igualdade, e portanto democrático, não seria a mais adequada, pois tanto os atos do Estado quanto os atos dos particulares são prolongamentos da formação da vontade do Estado, e ambos são a individualização de uma lei administrativa, no caso do Estado, e de uma lei civil, no caso dos particulares.

Não haveria, portanto, uma oposição absoluta entre o público e o privado, pois os dois estariam adstritos ao princípio da legalidade e seriam setores de dominação política. A diferença entre o público e o privado, atualmente, seria importante apenas para fins pragmáticos, para diferenciar estruturas do Poder Judiciário, como as varas criminais e cíveis ou mesmo acadêmicas, como por exemplo os departamentos de Direito Público e Privado.⁴⁶⁷

Rogério Gesta LEAL acompanha estes posicionamentos, ao discorrer que há um "esgotamento das concepções estagnadas e fracionadas de espaço público e privado, apontando para o caminho da integração e não de divisão".⁴⁶⁸

MONTAÑO entende que a concepção que opõe público e privado tem clara inspiração liberal, pois a teoria marxista concebe-os como esferas necessariamente articuladas dialeticamente da totalidade social.⁴⁶⁹

Analizamos todas estas questões sobre o público e o privado com o intuito de deixar claro que a esfera social⁴⁷⁰ não pode ser confundida com o chamado

⁴⁶⁶ Semelhante ao conceito de esfera social nos parece o termo "ágora" (espaço nem privado nem público, mas público e privado ao mesmo tempo) trabalhado por BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 11.

⁴⁶⁷ Sobre o tema ver FINGER, Ana Cláudia. *O público e o privado na Administração Pública*. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 58.

⁴⁶⁸ LEAL, Rogério Gesta. Obra citada, p. 169.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 61.

⁴⁷⁰ HABERMAS também refere-se à esfera social que se forma paralelamente às esferas pública e privada, uma esfera social repolitizada, conforme MENESCAL, Andréa Koury. Obra citada, 1996, p. 25.

espaço "público não-estatal" nos termos defendidos pelos gerencialistas, como forma de privatização dos serviços sociais para as entidades sem fins lucrativos.

2.3. AS PESSOAS JURÍDICAS SEM FINS LUCRATIVOS

Preliminarmente, é importante deixar claro o que significa uma pessoa jurídica não ter fins lucrativos. Utiliza-se a expressão "sem fins lucrativos" apenas para as entidades que não distribuam entre seus membros (sócios, associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores) eventuais excedentes, aplicando-os apenas para o atendimento do seu objetivo constante do seu ato constitutivo.

Ou seja, é possível que entidades sem fins lucrativos tenham excedentes em suas atividades. O que é proibido é que estas entidades distribuam estes excedentes entre seus diretores, associados, conselheiros, etc., como ocorre com as empresas com finalidade lucrativa (*animus lucrandi* sem *animus distribuendi*). Note-se que o novo Código Civil utiliza a expressão "sem fins econômicos", e não "sem fins lucrativos" para estas empresas.

O Código Civil de 1916, em seu art. 16, enumerava as pessoas jurídicas de direito privado como as sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública, as fundações e as sociedades comerciais.

O novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), em seu art. 44, simplificou a questão e enumerou as pessoas jurídicas de direito privado como sendo as **associações**, as **sociedades** e as **fundações**. A Lei nº 10.825/2003 ainda incluiu neste rol as **organizações religiosas** e os **partidos políticos**.⁴⁷¹

Com exceção das sociedades,⁴⁷² as demais pessoas jurídicas de direito privado não têm fins lucrativos ou econômicos. Analisaremos neste trabalho as associações e as fundações privadas⁴⁷³, salientando que não trataremos dos pactos

⁴⁷¹ Os partidos políticos são previstos no art. 17 da Constituição da República e disciplinados pela Lei nº 9.096/95 - Lei Orgânica dos Partidos Políticos. A legislação não é clara sobre a não lucratividade dos partidos políticos, mas Orides MEZZAROBBA os compara às associações. MEZZAROBBA, Orides. *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 266. Fernando Borges MÂNICA coloca as organizações partidárias no "terceiro setor". MÂNICA, Fernando Borges. Obra citada, p. 63.

⁴⁷² Nos termos do art. 981 do novo CC, a sociedade exerce atividade econômica e nela há a partilha, entre os sócios, dos resultados.

⁴⁷³ Os partidos políticos não serão analisados, uma vez que a Constituição, art. 17, II, e a Lei nº 9.096/95, art. 31, vedam que eles recebam qualquer recurso em dinheiro da Administração Pública, a não ser do fundo partidário (art. 38 da mesma Lei).

entre Administração Pública e as entidades com fins lucrativos na presente dissertação.⁴⁷⁴

2.3.1. Os institutos

Sobre os chamados "institutos" ressaltamos que este termo, assim como a expressão "organização não-governamental" não trata de uma espécie de pessoa jurídica. Algumas entidades, estatais ou privadas, utilizam a expressão "Instituto" em suas razões sociais, sob forma de fundação ou associação, mas usualmente o termo é associado às entidades dedicadas à educação, pesquisa ou à produção científica.⁴⁷⁵ É claro que por não ser um termo jurídico entidades com fins lucrativos também podem utilizá-lo, mas não é o mais comum.

2.3.2. As associações

O Constituição da República, em seu art. 5º, inc. XVII, garante que é plena a liberdade de associação, para fins lícitos, sendo vedada a de caráter paramilitar. Segundo o art. 53 do novo Código Civil, "constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos".⁴⁷⁶ Quando o motivo principal da criação de uma entidades sem fins lucrativos for a união de esforços, o associativismo, a união de indivíduos e grupos para a realização de um objetivo comum, em geral a entidade toma a forma de uma associação, como por exemplo associações de amigos, creches, caixas de auxílio mútuo, etc.⁴⁷⁷

Elas poderão ter finalidade altruística, como as associações beneficentes; egoística, como um clube esportivo; ou econômica não lucrativa, como as associações de socorro mútuo.⁴⁷⁸

Tanto as associações quanto as fundações necessitam de uma reunião de

⁴⁷⁴ Agustín GORDILLO informa que na Argentina as entidades privadas sem participação estatal e sem fins lucrativos são mais controladas e recebem benefícios e privilégios que não são concedidos às demais entidades privadas. GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, 7ª ed. Tomo 1. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. XIV-23.

⁴⁷⁵ SZAZI, Eduardo. Obra citada, 2001, p. 27.

⁴⁷⁶ Para Leandro Marins de SOUZA, não é porque as associações têm fins não econômicos, que elas não poderão mais desenvolver atividades econômicas, pois o que está impedido com esta definição é a divisão dos resultados. SOUZA, Leandro Marins de. Obra citada, p. 117-118.

⁴⁷⁷ FALCÃO, Joaquim. Obra citada, p. 169.

⁴⁷⁸ PAES, José Eduardo Sabo. Obra citada, p. 47. Leandro Marins de SOUZA inclui os sindicatos como associações, nos termos do art. 511 da Consolidação das Leis do Trabalho - Decreto-Lei nº 5.452/43. SOUZA, Leandro Marins de. Obra citada, p. 118.

peças e de um acervo de bens, mas nas associações predomina a pluralidade de pessoas que buscam o fim comum, enquanto que nas fundações o que prevalece é a existência de um patrimônio afetado a um determinado fim.⁴⁷⁹ Passemos então às fundações.

2.3.3. As fundações privadas

Fundação privada é uma universalidade de bens (patrimônio) destinada a um fim determinado, de interesse coletivo⁴⁸⁰, instituída por pessoa física ou jurídica e gerida por curadores, para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência, nos termos do art. 62 do novo Código Civil, e sem fins lucrativos.⁴⁸¹

As fundações privadas refletem, historicamente, a primeira manifestação da consciência de que o patrimônio privado também pode contribuir para a satisfação de necessidades supra-individuais.⁴⁸²

Joaquim FALCÃO aduz que uma entidade assumirá, em geral, forma de fundação “quando o objetivo principal é o dar, o retribuir, o mecenato, ou a filantropia.” Na fundação uma pessoa física ou jurídica destina um patrimônio para realizar ações de interesse público: “Esse patrimônio se separa do instituidor da fundação e passa a existir apenas em função do objetivo para o qual foi destinado”. Segundo o autor, a maioria das fundações, que significariam “fundos em ação”, são constituídas sem fundos significativos: “Inversamente, quando algum mecenas ou empresa pretende destinar algum patrimônio para um fim de interesse público”, prefere fazê-lo por meio de associação, devido à supervisão do Ministério Público sobre as fundações.⁴⁸³

Note-se que as fundações privadas, ao contrário das fundações públicas, não são nem criadas e nem mantidas por recursos do Erário.⁴⁸⁴

⁴⁷⁹ ALVES, Francisco de Assis. *Associações, Sociedades e Fundações no novo Código Civil de 2002: perfil e adaptações*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 37.

⁴⁸⁰ ALVES, Francisco de Assis. *Ibid.*, p. 55-56.

⁴⁸¹ A lei não é expressa sobre a não lucratividade das fundações. Sílvia de Salvo VENOSA entende que “não existe uma finalidade direta de lucro nas fundações”. VENOSA, Sílvia de Salvo. *Direito Civil: parte geral*, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 264.

⁴⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, 2005, p. 131. E por isso são fiscalizadas externamente pelo Ministério Público (arts. 66, 68, 69 do CC e dos arts. 1200 e seguintes do CPC).

⁴⁸³ FALCÃO, Joaquim. Obra citada, p. 169, 170.

⁴⁸⁴ As chamadas “Fundações de Apoio” ou “entidades de apoio”, segundo Marcus Vinícius Corrêa BITTENCOURT “são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por servidores públicos. São fundações, associações ou cooperativas, para a prestação de serviços sociais não exclusivos do Estado. Mediante convênio, são vinculadas com entidades da Administração Direta ou Indireta como universidades e hospitais públicos”. BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa.

2.4. AS ENTIDADES PARAESTATAIS

No Direito brasileiro, a origem histórica da integração entre o público e o privado está na criação das chamadas entidades “paraestatais”, especialmente na década de 40 do século XX.⁴⁸⁵ Por isso, neste tópico analisaremos estas entidades, mostrando que há uma grande divergência sobre quais os entes fazem parte deste conceito.

O termo “paraestatal” tem formação híbrida, com a junção da palavra grega *pará* (ao lado de, lado a lado), com o adjetivo estatal, derivado do latim *status* (Estado)⁴⁸⁶ e “paraestatais seriam as entidades que não se confundem com o Estado, atuando ao lado ou em colaboração com ele”.⁴⁸⁷

São vários os sentidos que leis, doutrinadores e tribunais têm emprestado à expressão, o que gera dúvidas e indesejável imprecisão jurídica, em nada contribuindo para a ciência do direito.⁴⁸⁸

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO ensina que ente paraestatal é uma pessoa privada que colabora com o Estado desempenhando atividade não lucrativa, atividade típica do Poder Público mas não exclusiva, à qual a Administração Pública dispensa especial atenção, até com subvenções.⁴⁸⁹

DI PIETRO aduz que se utilizando da definição de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, todas as entidades do “terceiro setor” são paraestatais, o que abrangeria as declaradas de utilidade pública, filantrópicas, serviços sociais autônomos (SESI, SESC, SENAC, SENAI, SEBRAE – Sistema “S”), organizações sociais e OSCIPs.⁴⁹⁰

Manual de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 68. No âmbito federal são reguladas pela Lei nº 8.958/94. Sobre o tema, é importante o estudo de DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, 2002, p. 227.

⁴⁸⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. *Organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público e seus “vínculos contratuais” com o Estado*. In: CUÉLLAR, Leila e MOREIRA, Egon Bockmann. *Estudos de Direito Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 261.

⁴⁸⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 358; e MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração Pública centralizada e descentralizada*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000, p. 437.

⁴⁸⁷ MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração Pública centralizada e descentralizada*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000, p. 437.

⁴⁸⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Obra citada, p. 358.

⁴⁸⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: RT, p. 351-356.

⁴⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, 2002, p. 211. No mesmo sentido, BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Manual de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 67.

Hely Lopes MEIRELLES, em sua obra "Direito Administrativo Brasileiro", atualizada por Eurico de Andrade AZEVEDO, Dêlcio Balestero ALEIXO e José Emmanuel BURLE FILHO, entende que entidades paraestatais, também denominadas entes de cooperação com o Estado, são pessoas jurídicas de Direito privado que, por lei, são autorizadas a prestar serviços ou realizar atividades de interesse coletivo ou público, mas não exclusivos do Estado, e cita como exemplos os serviços sociais autônomos e as organizações sociais. Elas são autônomas administrativa e financeiramente, têm patrimônio próprio, operam em regime de iniciativa particular e ficam sujeitas apenas à supervisão do órgão da entidade estatal a que se encontrem vinculadas.⁴⁹¹ Saliente-se que, originalmente, Hely Lopes MEIRELLES entendia que as empresas públicas e as sociedades de economia mista também faziam parte das entidades paraestatais.⁴⁹² Entretanto, os atualizadores de sua obra reformularam seus ensinamentos sobre o tema.

Alexandre de MORAIS ensina que além das empresas públicas e sociedades de economia mista, as autarquias e fundações também são entidades paraestatais.⁴⁹³

José dos Santos CARVALHO FILHO leciona que as entidades paraestatais são todas as pessoas jurídicas com vínculo institucional com a pessoa federativa, sendo controlada pelo Estado, enquadrando no conceito a Administração indireta e os serviços sociais autônomos.⁴⁹⁴

Para Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA, as organizações sociais, as quais para eles não seriam do "terceiro setor", são espécies do gênero entidade paraestatal. Entretanto, para o autor as OSCIPs são associações ou fundações privadas do "terceiro setor", não sendo consideradas entidades paraestatais.⁴⁹⁵

Marçal JUSTEN FILHO aduz que a expressão "entidades paraestatais" é utilizada na falta de outra melhor e tomando em vista sua consagração pelo uso, e que anteriormente era utilizada para indicar toda a Administração Pública indireta, até o DL nº 200, definindo-a como sinônimo de serviço social autônomo da seguinte forma:

⁴⁹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Obra citada, p. 67, 366, 367.

⁴⁹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 326.

⁴⁹³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 162.

⁴⁹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Obra citada, p. 359. Concorde com o autor MADEIRA, José Maria Pinheiro. Obra citada, p. 438.

⁴⁹⁵ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Obra citada, p. 466.

Entidade paraestatal ou serviço social autônomo é uma pessoa jurídica de direito privado criada por lei para, atuando sem submissão à Administração Pública, promover o atendimento de necessidades assistenciais e educacionais de certas atividades ou categorias profissionais, que arcam com sua manutenção mediante contribuições compulsórias.⁴⁹⁶

Egon Bockmann MOREIRA conclui que cabe ao Estado instituir as entidades paraestatais, ou seja, elas dependem do Estado para sua criação, e para estabelecer uma forma de financiamento público para suas atividades. Para ele o desenvolvimento do "terceiro setor" é um aperfeiçoamento do antigo modelo, e é gerado imediatamente pela iniciativa de pessoas privadas, não sendo o Estado que cria o "terceiro setor", mas apenas estimula a sua formação e concede títulos.⁴⁹⁷ Interpretamos, assim, que o autor defende que o "terceiro setor" não é paraestatal. Rogério Gesta LEAL também conclui que as organizações privadas não são paraestatais.⁴⁹⁸

Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO aduz que os entes administrativos paraestatais são as empresas estatais, as fundações públicas, os serviços sociais autônomos e os conselhos de fiscalização do exercício profissional⁴⁹⁹, deixando de fora as autarquias.⁵⁰⁰

Marcos Juruena Villela SOUTO relaciona as paraestatais como os serviços sociais autônomos, as organizações sociais (e provavelmente as OSCIPs), as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações de direito privado instituídas pelo Poder Público.⁵⁰¹

Fernando Facury SCAFF defende que são paraestatais as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as autarquias, as fundações públicas, e

⁴⁹⁶ O autor ainda diz que a atuação desempenhada por essas entidades privadas é materialmente administrativa, é uma atuação administrativa não governamental. JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, 2005, p. 128-129.

⁴⁹⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. *Organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público e seus "vínculos contratuais" com o Estado*. In: CUÉLLAR, Leila e MOREIRA, Egon Bockmann. *Estudos de Direito Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 262.

⁴⁹⁸ LEAL, Rogério Gesta. Obra citada, p. 182.

⁴⁹⁹ Segundo o autor estas substituíram as autarquias corporativas preexistentes, desde a Lei nº 9.649/98. Note-se que os Conselhos Reguladores de profissões, como a OAB, CREA, CRM, etc, eram consideradas como autarquias federais. A Lei nº 9.649/98, art. 58, pretendeu eliminar o cunho autárquico destas instituições. O STF (ADIn nº 1.717), em caráter liminar, manteve estas entidades com natureza jurídica de direito público. Marçal JUSTEN FILHO, acompanhando Leon Frejda SZKLAROWSKY e Jorge Ulisses Jacoby FERNANDES, entende que estas entidades assemelham-se com as paraestatais do sistema "S". JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 9ª edição. São Paulo: Dialética, 2002, p. 38.

⁵⁰⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, obra citada, p. 243-268.

⁵⁰¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Licitações & contratos administrativos*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 1998, p. 393.

os entes que ele entende que são do "terceiro setor": as organizações sociais, as OSCIPs e os serviços sociais autônomos.⁵⁰² Ou seja, segundo o autor, paraestatais são todas as entidades da Administração indireta e o "terceiro setor".

CRETELLA JUNIOR entende que as paraestatais seriam as autarquias, Sérgio de Andréa FERREIRA que seriam as pessoas de direito privado da Administração indireta (empresas estatais), e Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO que seriam os serviços sociais autônomos, partidos políticos, e sindicatos, excluindo-se a Administração indireta.⁵⁰³

Como verificamos, após análise da doutrina, o termo "paraestatal" é ainda mais gerador de dúvidas e pouco esclarecedor do que o próprio "terceiro setor".

Concluimos que se o termo "paraestatal" significa "ao lado do Estado", como a Administração Pública é o aparelho estatal, as entidades paraestatais não comporiam a Administração direta nem a indireta. Como elas estariam ao lado do Estado prestando serviços de interesses coletivos ou públicos, não-privativos do Estado, independentemente se recebam contribuições parafiscais ou não, concordamos com os posicionamentos de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO e dos atualizadores da obra de Hely Lopes MEIRELLES, que listam como **entidades paraestatais as entidades do “terceiro setor”** (incluindo as organizações sociais, OSCIPs, partidos políticos, sindicatos), inclusive os **serviços sociais autônomos**, os quais analisaremos a seguir.

2.4.1. Serviços sociais autônomos

Os serviços sociais autônomos, os quais tudo indica serviram de inspiração para o projeto das organizações sociais⁵⁰⁴, não integram Administração direta ou indireta, são entidades paraestatais, que compõem o chamado "terceiro setor", e recebem contribuições parafiscais. São entidades com personalidade jurídica de direito privado, numa atividade de fomento do Estado, uma "atividade privada de interesse público que o Estado resolveu incentivar e subvencionar",⁵⁰⁵ mas sujeitas à

⁵⁰² SCAFF, Fernando Facury. Contrato de gestão, serviços sociais autônomos e intervenção do Estado. In: Revista de Direito Administrativo nº 225. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 2001, p. 278-280.

⁵⁰³ Conforme informação de CARVALHO FILHO, José dos Santos. Obra citada, p. 359.

⁵⁰⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, 2002, p. 219.

⁵⁰⁵ GASPARINI salienta que estes serviços sociais autônomos não prestam serviços

licitação⁵⁰⁶, processo seletivo para seleção de pessoal, segundo DI PIETRO.⁵⁰⁷ A autora ainda complementa que os Decretos-Lei relativos aos serviços sociais autônomos não criaram diretamente as entidades, nem autorizaram o Poder Executivo a fazê-lo, mas atribuíram às Confederações Nacionais da Indústria e do Comércio o encargo de fazê-los, garantindo a manutenção pelas contribuições parafiscais recolhidas pelos empregadores aos serviços sociais.⁵⁰⁸

Há divergência doutrinária sobre o tipo de pessoa jurídica que são os serviços sociais autônomos. GASPARINI entende que são associações, sociedades civis ou fundações, mas delas distinguem-se pelo poder de exigirem contribuições de certos obrigados, como industriais e comerciantes.⁵⁰⁹ José Eduardo Sabo PAES opina que elas podem ter a forma de associações ou sociedades civil.⁵¹⁰ Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO aduz que elas são instituídas como associações civis.⁵¹¹

São exemplos o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - SENAI e o Serviço da Indústria - SESI, criados, organizados e dirigidos pela Confederação Nacional da Indústria, nos termos dos Decretos-Lei nºs 4.048/42 e 9.403/46, respectivamente; e o Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial - SENAC e o Serviço Social do Comércio - SESC, conforme os DLs nºs 8.621/46 e 9.853/46, criados, organizados e dirigidos pela Confederação Nacional do Comércio.⁵¹²

2.5. OS TÍTULOS DAS ORGANIZAÇÕES DO “TERCEIRO SETOR”

A outorga de títulos jurídicos a entidades do “terceiro setor” propicia o estabelecimento de um regime jurídico diferenciado do regime das pessoas jurídicas sem qualquer título. Paulo MODESTO ensina que a concessão de títulos especiais

públicos. GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 404.

⁵⁰⁶ Conforme Acórdão nº 184/98 e Decisão nº 98/2000 do TCU.

⁵⁰⁷ GASPARINI lembra que seus empregados são celetistas, além de considerados como funcionários públicos para fins penais (art. 327, § 1º, do Código Penal), e as entidades são fiscalizadas pelo Tribunal de Contas da União. GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 405.

⁵⁰⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, 2002, p. 220, 221.

⁵⁰⁹ GASPARINI, Diogenes. Obra citada, p. 405.

⁵¹⁰ PAES, José Eduardo Sabo. Obra citada, p. 62.

⁵¹¹ O autor ainda complementa que cada estado e município pode criar suas entidades, “embora não lhes seja possível instituírem contribuições parafiscais a elas vinculadas, pois só estão autorizados a cobrir o custeio de seus próprios sistemas de previdência e assistência social (art. 149, § 1º)”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, obra citada, p. 267.

⁵¹² José Eduardo Sabo PAES ainda cita o SEBRAE (Lei nº 8.029/90), o SENAR (art. 62 do ADCT/CF e Lei nº 8.315/91), o SEST e o SENAT (Lei nº 8.706/93) e o Apex-Brasil (Lei nº 10.668/2003). PAES, José Eduardo Sabo. Obra citada, p. 63.

às entidades do "terceiro setor" parece atender a três propósitos: diferenciar as entidades qualificadas das entidades comuns, criando um regime jurídico específico; padronizar o tratamento normativo de entidades que apresentem características comuns relevantes, evitando o casuísmo; e estabelecimento de um mecanismo de controle. Mas aponta também desvantagens: certificação indevida, realizada sem critério, e às vezes com fraude, causando com o tempo uma erosão da credibilidade do título; padronização excessiva, com exigências muito genéricas; e insegurança jurídica, na medida em que a manutenção do título está condicionada ao cumprimento de exigências, deixando as entidades periodicamente sujeita a eventual ocorrência de desvios no sistema de controle.⁵¹³

Neste tópico analisaremos os títulos de utilidade pública federal, o de entidades beneficentes de assistência social, as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público.

Todos são títulos concedidos à pessoas jurídicas de direito privado, devidamente constituídas, em forma de associações e fundações privadas, nos termos da legislação civil, os quais permitem a concessão de benefícios às entidades qualificadas, via subvenções, auxílios, convênios, contratos de gestão, termos de parceria, etc.

Ressalte-se que o registro no Conselho Nacional de Assistência Social - CNAS, normatizado pela LOAS, e Resolução nº 31/99 do CNAS, imprescindível para o funcionamento e celebração de convênios por parte das entidades de assistência social, e requisito para o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, segundo nosso entendimento **não é um título ou qualificação**.⁵¹⁴

2.5.1. Utilidade Pública

A entidade com o título de utilidade pública fica qualificada como uma organização que busca o bem comum, com o fim exclusivo de servir desinteressadamente à coletividade, sem remuneração de seus dirigentes, e sem

⁵¹³ MODESTO, Paulo. Obra citada, agosto, 2001, p. 03-05.

⁵¹⁴ Neste sentido, FERRAREZI, Elisabete e REZENDE, Valéria. Obra citada, p. 35. Eduardo SZAZI entende que o registro no CNAS é um título, assim como o são a declaração de utilidade pública, a OSCIP, etc. SZAZI, Eduardo. Obra citada, 2001, p. 90. Note-se que as entidades com menos de um ano podem ser registradas no CNAS, mas não as que prevêm em seus estatutos a remuneração ou quaisquer vantagens a seus diretores e assemelhados.

primar apenas pelos interesses de seus membros.

O título de utilidade pública federal é disciplinado pela Lei nº 91/35, regulamentada pelo Decreto nº 50.517/61, normas estas que definem que as entidades com este título devem ser constituídas no país; ter personalidade jurídica própria; não ter fins lucrativos; estar em pleno funcionamento; ter fim exclusivo de servir desinteressadamente à coletividade, desenvolvendo atividades consideradas de relevante valor social; não remunerar os cargos de sua Diretoria; e funcionamento nos últimos 3 anos.

A outorga é concedida pelo Ministro da Justiça⁵¹⁵, desde que preenchidos determinados requisitos, como requerimento com os dados da entidade e de seu Presidente, cópia do estatuto social registrado, cartão CNPJ, ata da eleição da diretoria, qualificação dos membros e atestados de idoneidade moral dos mesmos, expedidos por autoridade local e comprovação que o estatuto nega a possibilidade de remuneração dos seus membros, atestado de autoridade que a entidade funciona nos últimos 3 anos, relatórios de atividades, quadro de receitas e despesas, e declaração da requerente que publicará o demonstrativo de receitas e despesas anualmente.

Note-se que não é a legislação supra mencionada que concede maiores direitos às entidades qualificadas, a não ser o de utilizar símbolos e menção do título, mas sim outras leis específicas. José Eduardo Sabo PAES⁵¹⁶ informa que são estes os benefícios às entidades portadoras do título de utilidade pública federal:

- a) receber subvenções, auxílios e doações da União;
- b) realizar sorteios (art. 4º da lei nº 5.768/71);
- c) requerer isenção da cota patronal para o INSS, quando atendidos outros requisitos (art. 55 da lei nº 8.212/91);
- d) receber doações de empresas (art. 13, § 2º, III, da lei nº 9.249/95 e art. 28, § 3º, a, da IN nº 11/96 da STN).

Saliente-se que há também os títulos de utilidade pública no âmbito estadual e municipal, nos termos de suas legislações próprias.⁵¹⁷

Segundo Sílvia Luís Ferreira da ROCHA e Paulo MODESTO, a concessão de incentivos diretos ou indiretos e a legislação lacônica estimularam a proliferação de entidades de utilidade pública, muitas vezes sem preencherem o fim exclusivo de

⁵¹⁵ Conforme o Decreto nº 3.415/2000.

⁵¹⁶ PAES, José Eduardo Sabo. Obra citada, p. 559.

⁵¹⁷ No Estado do Paraná: Lei nº 6.994/78, alterada pela Lei nº 8.589/87.

servir desinteressadamente à coletividade, pelo não acolhimento da distinção entre entidades de favorecimento mútuo ou de fins mútuos (benefícios a um círculo restrito ou limitado de associados, com cobranças em dinheiro) e entidades de fins comunitários, de fins públicos ou de solidariedade social (oferecem utilidades ou benefícios à comunidade de um modo geral, quase sempre de forma gratuita).⁵¹⁸ Embora Sílvio Luís Ferreira da ROCHA entenda que o não servir desinteressadamente à coletividade seria motivo para a não outorga às entidades de favorecimento mútuo, “o fato é que tal título foi dado indiscriminadamente a uma e a outra espécie de pessoa jurídica, possibilitando a ocorrência de fraudes”.⁵¹⁹

2.5.2. Entidades Beneficentes de Assistência Social

O Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social – CEBAS, é regulado pela Lei nº 8.742/93, a chamada Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, e pelo Decreto nº 2.536/98. Antes da Medida Provisória nº 2.187-13/2001, este certificado era denominado como Certificado de Entidades de Fins Filantrópicos.⁵²⁰ Assim, as atuais entidades beneficentes de Assistência Social⁵²¹ são as antigas entidades de fins filantrópicos.

Popularmente costuma-se dizer que beneficentes e filantrópicas são as pessoas inclinadas ao bem, que ajudam os outros, caridosas, humanitárias. José Eduardo Sabo PAES define as entidades **beneficentes** como aquelas que buscam interesses de outrem ou atuam em benefício de outrem que não a própria entidade ou os que a integram; enquanto que as entidades **filantrópicas**⁵²² são as que atuam

⁵¹⁸ Augusto de FRANCO diz que “uma entidade ambientalista, que luta pelo desenvolvimento sustentável de uma região da Mata Atlântica, não é a mesma coisa que uma associação de jogadores de Bridge de São Bernardo do Campo”, mas as duas são do “terceiro setor” e legítimas (obra citada, p. 22).

⁵¹⁹ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Obra citada, p. 60. MODESTO, Paulo. Obra citada, agosto, 2001, p. 06. Paulo MODESTO também alerta que tanto às entidades de favorecimento mútuo quanto às de fins comunitários são conferidos os títulos de utilidade pública. MODESTO, Paulo. Obra citada, agosto, 2001, p. 06.

⁵²⁰ O Certificado foi criado pela Lei nº 3.577/59 e regulamentado pelo Decreto nº 1.117/82, e inicialmente gozavam de isenção da contribuição patronal para a seguridade as entidades filantrópicas em geral. A atual Constituição, em seu art. 195, § 7º, restringiu o benefício apenas às entidades beneficentes de assistência social, instituindo uma imunidade. PAES, José Eduardo Sabo. Obra citada, p. 564.

⁵²¹ Para Sabo PAES a expressão “assistência social” tem o sentido amplo (saúde à previdência e assistência social - arts. 194 e 197, § 7º, da CF) e estrito (art. 203 da CF).

⁵²² Informa Nathaniel M. BRANDÃO JR que filantropia é de origem grega, e significa o sentido de amizade ao homem, ao ser humano. BRANDÃO JR, Nathaniel M. *Manual Prático Administrativo de A a Z: como iniciar e manter legalmente uma entidade social*, 4ª ed. Curitiba: CMAS, 2003, p. 40.

em benefício de outrem com dispêndio de seu patrimônio, sem contrapartida, pelo atendimento sem ônus direto do beneficiado. Para ele beneficente seria o gênero e toda a entidade filantrópica é beneficente mas nem toda entidade beneficente é filantrópica. O autor ainda informa que o vocábulo "filantropia" vem "sendo deturpado em sua própria grafia com o uso do neologismo 'pilantrópia', evidentemente muito distante da autêntica filantropia, que é a vontade e o espírito de ajudar ao próximo e à coletividade".⁵²³

Apenas serão certificadas como entidades beneficentes de assistência social as que não remunerarem seus dirigentes, estiverem registradas no CNAS, sejam declaradas de Utilidade Pública federal, estiverem em efetivo funcionamento por 3 anos, entre outras exigências.⁵²⁴

Este certificado terá 3 anos de vigência, podendo ser renovado, e sua principal vantagem é a possibilidade de isenção do recolhimento da cota patronal da contribuição previdenciária incidente sobre a folha de pagamento da entidade.⁵²⁵

2.5.3. Organização social - OS

Para os ideólogos do gerencialismo, deve ser fortalecido o núcleo estratégico, que firmaria contratos de gestão com organizações sociais (executoras das atividades não exclusivas com maior autonomia). Através do contrato de gestão, o núcleo estratégico define os objetivos das entidades executoras e os respectivos indicadores de desempenho, e garante a essas entidades os meios humanos, materiais e financeiros para sua consecução. As organizações sociais não são, na verdade, um tipo de entidade pública não-estatal, mas uma qualidade dessas entidades, declaradas pelo Estado. Para eles a expansão da esfera pública não-estatal não significa a privatização de atividades do Estado, mas publicização, "na medida que as novas entidades conservarão seu caráter público, mas de direito privado",⁵²⁶ como já analisado no presente trabalho.

O "Plano Diretor" define que deve haver a publicização dos serviços não-exclusivos, uma transferência do setor estatal para o público não-estatal, onde assumirão a forma de organizações sociais. Isso permitiria a descentralização

⁵²³ PAES, José Eduardo Sabo. Obra citada, p. 565-566.

⁵²⁴ Sobre o tema: Resoluções nºs 31/99 e 177/2000 do CNAS.

⁵²⁵ SZAZI, Eduardo. Obra citada, 2001, p. 96.

⁵²⁶ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Da administração...*, p. 258, 259, 263, 264.

dessas atividades, nas quais não existe o exercício do poder do Estado, realizando-os com mais eficiência, com financiamento estatal. As entidades teriam autonomia, nos termos do contrato de gestão firmado com o Estado, e seria dada prioridade para os hospitais, universidades, escolas técnicas, centros de pesquisa, bibliotecas e museus, transformarem-se em organizações sociais.⁵²⁷

As organizações sociais foram criadas pelo Governo de Fernando Henrique CARDOSO, idealizadas pelo então Ministro da Administração e Reforma do Estado, BRESSER PEREIRA, e seguiram o modelo das organizações chamadas “**quangos**” (quasi non-governmental organizations), do Reino Unido, difundidas no Governo de Margaret Thatcher.⁵²⁸

Maria Nazaré Lins BARBOSA entende que as organizações sociais são “quase-governamentais”, por sua dependência aos recursos públicos, com sua estrutura com membros do Poder Público, e porque até agora resultaram da extinção de entidades públicas, faltando a elas as características de autogoverno e participação voluntária.⁵²⁹

Sérgio de Andréa FERREIRA defende que existem as entidades governamentais e não governamentais, sendo que as organizações sociais não são governamentais, não têm vinculação administrativa legal com o Poder Público, mas apenas relação via contrato de gestão.⁵³⁰

Sobre a cópia de modelos de outros países, Maria Paula Dallari BUCCI aduz que “a propósito da importação de modelos, é interessante verificar que a repetição de determinada experiência administrativa num ambiente jurídico inteiramente distinto pode gerar figuras absolutamente inadequadas aos fins visados”.⁵³¹

Pretendendo justificar que sua reforma era Social-Democrata e não Neoliberal, BRESSER PEREIRA defendeu que a execução dos serviços de saúde e educação fosse realizada pelas organizações sociais:

⁵²⁷ Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Obra citada, p. 73, 74.

⁵²⁸ Nos Estados Unidos todas as universidades são organizações públicas não-estatais, privadas, controladas pelo Estado e pela sociedade civil (mas independentes), não visam lucro, não empregam servidores públicos e são parcialmente financiadas ou subsidiadas pelo Estado. No Reino Unido, as universidades e os hospitais, que antes do gerencialismo eram estatais, hoje são “organizações quase-não-governamentais”, chamadas de “quangos”. BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Gestão...*, p. 35.

⁵²⁹ BARBOSA, Maria Nazaré Lins. *A experiência dos termos de parceria entre o Poder Público e as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs)*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 503.

⁵³⁰ FERREIRA, Sérgio de Andréa. *As organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público: considerações sobre seu regime jurídico*. In: *Revista de Direito Administrativo* nº 217. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 1999, p. 107-108.

⁵³¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. Obra citada, p. 29.

A transformação dos hospitais estatais ingleses em organizações sociais e a adoção de um sistema de quase mercados levando-os a competir pelas verbas públicas tornaram o National Health Service (que é público não-estatal) um sistema eficientíssimo, que custa por habitante-ano o equivalente à metade do sistema de saúde francês (que é estatal) e a um terço do sistema americano (que é privado). Este fato, que **confirma a tese social-democrata**, foi reconhecido pelo The Economist (15.3.97), **apesar do liberalismo radical dessa publicação**. No Brasil o governo Fernando Henrique está conduzindo o SUS para a mesma direção do NHS, conforme prevê a Norma Operacional Básica 96 que o Ministério da Saúde vai aos poucos mas determinadamente implantando para assim transformar em realidade os **princípios gerenciais da social-democracia**.⁵³² (Grifo nosso.)

Angela Cassia COSTALDELLO salienta que o chamado Estado Social-Liberal defendido por BRESSER PEREIRA "pouco parece se distanciar das linhas-mestras do neoliberalismo".⁵³³ MONTAÑO aduz que quando BRESSER PEREIRA diz que seus postulados são sociais-liberais, e não neoliberais, é "pura retórica demagógica".⁵³⁴ Segundo José Afonso da SILVA, "não há nada mais semelhante a um neoliberal do que um socialdemocrata no poder". O autor, sobre o acoplamento do liberal e social, aduz que isso "se assemelha a um cruzamento da aranha caranguejeira com o marimbondo do mato: tão incompatíveis são os consortes que não pode dar cria e, se der, só pode ser um mostrengo".⁵³⁵

Para nós é claro que a reforma gerencial, quando prega o Estado apenas regulador, deixando para o mercado e "setor público não-estatal" toda a execução de serviços públicos, é **neoliberal**. Neste sentido, Sílvia Luís Ferreira da ROCHA, que verifica fortes traços do neoliberalismo na Reforma do Estado (com a desestatização, privatização e desregulamentação) iniciada por Fernando COLLOR DE MELLO e levada adiante no Governo de Fernando Henrique CARDOSO.⁵³⁶ Contrária, assim, ao Estado do Bem-Estar Social, cujos ideais foram implementados nos países centrais, e portanto justificável uma menor presença do Estado, mas não no Brasil e demais países periféricos, onde a desigualdade social é alarmante.

Paulo MODESTO também entende que o Estado apenas regulador é o Estado mínimo, mas defende que as reformas gerenciais ocorridas no Brasil pregam o Estado regulador e promotor dos serviços sociais básicos e econômicos

⁵³² BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma Social-Democrata*. In: Folha de S. Paulo de 17.10.97.

⁵³³ COSTALDELLO, Angela Cassia. *O regime jurídico dos agentes públicos e a Emenda Constitucional nº 19/98*. In: Interesse Público nº 03, 1999, p. 51.

⁵³⁴ MONTAÑO, Carlos. Obra citada, p. 44.

⁵³⁵ SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 11, 12.

⁵³⁶ ROCHA, Sílvia Luís Ferreira da. Obra citada, p. 81.

estratégicos, sem a necessidade de que sejam realizados pelo aparato estatal.⁵³⁷

A qualificação “organização social” poderá ser concedida pelo Poder Executivo Federal às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que atuem na área do ensino, da pesquisa científica, do desenvolvimento tecnológico, da proteção e preservação do meio ambiente, da cultura e da saúde.

José Maria Pinheiro MADEIRA diz que “fica claro, embora não expresso na lei, que o principal objetivo das OS não é, como no caso das OSCIP, as associações civis, mas a absorção de atividades desenvolvidas por órgãos e entidades públicas, com conseqüente **extinção destes**”. (grifo nosso.) E, no sentido do que já foi aqui tratado, que embora fale de publicização, a Lei está, efetivamente, galgando mais um passo na diminuição da estrutura administrativa, por um processo de privatização.⁵³⁸ No mesmo sentido DI PIETRO.⁵³⁹ José dos Santos CARVALHO FILHO também entende que o termo “publicização” é “inadequado e infeliz”, pois apenas ocorreria a “publicização” se a atividade fosse deslocada da iniciativa privada para a área governamental, e no caso é o inverso, entendendo que ocorre, na verdade, a desestatização.⁵⁴⁰

Paulo MODESTO é contrário em definir as organizações sociais como forma de privatização, pois este conceito pressupõe transferência de domínio.⁵⁴¹ Ou seja, o autor reconhece a existência apenas do sentido estrito do termo “privatização”.

A Lei nº 9.637/98 criou, no âmbito federal, a qualificação “organização social”, que poderá ser concedida pelo Poder Executivo Federal às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que atuem na área do ensino, da pesquisa científica, do desenvolvimento tecnológico, da proteção e preservação do meio ambiente, da cultura e da saúde.⁵⁴²

Paulo MODESTO define as organizações sociais como “pessoas jurídicas

⁵³⁷ MODESTO, Paulo. Obra citada, dezembro, 2001, p. 14.

⁵³⁸ MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração Pública centralizada e descentralizada*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000, p. 449. No mesmo sentido Carlos MONTAÑO, que entende que tanto na privatização quanto na publicização “não se trata de outra coisa senão o ocultamento da auto-responsabilização pelas respostas às próprias necessidades”. MONTAÑO, Carlos. Obra citada, p. 113.

⁵³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, 2002, p. 213.

⁵⁴⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Obra citada, p. 279. Renato ZUGNO também entende que as organizações sociais estão na esteira da Reforma gerencial, sob a ótica do neoliberalismo, e não têm o escopo de colocar o Estado sob o controle da sociedade, mas sim de privatizá-lo. ZUGNO, Renato. *Espaços públicos compartilhados entre a Administração Pública e a sociedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 02.

⁵⁴¹ MODESTO, Paulo. Obra citada, dezembro, 2001, p. 09.

⁵⁴² A Lei das Organizações Sociais sucedeu a MP nº 1.591, de 09.10.97 e posteriormente a MP nº 1.648, até ser convertida em Lei. Esta Lei também criou o Programa Nacional de Publicização.

de direito privado, sem fins lucrativos, voltadas para atividades de relevante valor social, que independem de concessão ou permissão do Poder Público, criadas por iniciativa de particulares segundo modelo previsto em lei, reconhecidas, fiscalizadas e fomentadas pelo Estado”.⁵⁴³

Salientamos que apenas as **associações** e as **fundações** podem ser qualificadas como organizações sociais. As sociedades não podem ser qualificadas por terem finalidade lucrativa.

A Lei define como requisito para a qualificação como organização social que a entidade tenha um conselho de administração como órgão de deliberação superior e de direção, composto por representantes do Poder Público entre 20 e 40% da sua composição.

Note-se que os conselheiros não devem receber remuneração pelos serviços que, nesta condição, prestarem à organização social, a não ser ajuda de custo por reunião que participem. Caso estes conselheiros assumam função executiva na entidade, deverão renunciar ao cargo de conselheiro.

De qualquer forma, mesmo atendidos os requisitos, a autoridade competente do Poder Público decidirá de forma **discricionária**, segundo seus critérios de oportunidade e conveniência, se qualificará a entidade como Organização Social. José Eduardo Sabo PAES critica que decisões importantes como estas dependam apenas do bom senso de alguns mandatários, sem que órgão colegiado possa se manifestar.⁵⁴⁴ Lúcia Valle FIGUEIREDO entende que deu-se autêntico "cheque em branco" ao executivo, irrompendo-se contra a isonomia e o devido processo legal, facilitando toda a espécie de corrupção e protecionismo administrativo.⁵⁴⁵

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO salienta que a escolha da entidade a ser qualificada “não poderia prescindir de licitação ou de outro procedimento adequado para assegurar o princípio da isonomia entre os possíveis interessados”.⁵⁴⁶

Sílvia Luís Ferreira da ROCHA quando analisa o inc. II do art. 2º da Lei nº 9.637/98 o entende como inconstitucional e externa o seguinte entendimento:

Não há razão lógica que justifique a decisão administrativa de dentre duas pessoas jurídicas que preencham os requisitos (...) conceder a uma e negar a outra o título de organização

⁵⁴³ MODESTO, Paulo. Obra citada, 2001, p. 06.

⁵⁴⁴ PAES, José Eduardo Sabo. Obra citada, 2004, p. 116.

⁵⁴⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Obra citada, p. 151.

⁵⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, 2002, p. 216.

social. A escolha **afronta manifestamente o princípio da isonomia**. Se há igualdade jurídica entre as pessoas jurídicas que pretendam receber o título de organização social, a solução, *de lege ferenda*, seria a atribuição desta qualidade a todas – e não apenas a algumas – que preencham os requisitos, transformando o exercício da competência do agente **de discricionária para vinculada** no que diz respeito ao conteúdo do ato. Somente assim o princípio constitucional da igualdade seria respeitado. Uma alternativa seria a realização de **procedimento licitatório** que, com base em critérios objetivos e imparciais, selecionasse entre as candidatas aquela que se mostrasse mais capacitada a receber o título de organização social.⁵⁴⁷ (Grifo nosso.)

Sobre a discricionariedade da qualificação, Rogério Gesta LEAL defende que o Poder Público "desde que solicitado, **deve - e não pode** - qualificar como tais, as organizações que se enquadrem nesta tipificação, sob pena de, aceita a facultatividade da qualificação por parte do Estado, criarmos uma séria possibilidade de **arbitrariedades e favoritismos corporativos aos amigos do poder** que desejarem constituir uma entidade com tal perfil".⁵⁴⁸ (Grifo nosso.)

Marçal JUSTEN FILHO alerta que "repele-se a tentativa de utilização abusiva da figura da organização social" e que "liberar recursos, pessoal e bens públicos em favor de entidades **não existentes ou não atuantes** conduzirá à responsabilização patrimonial dos administradores, além da aplicação de outras sanções cabíveis (inclusive penais, se for o caso)". Um ente público " **mascarado** sob a aparência de uma organização social" e a existência de uma entidade apenas de "**fachada**", utilizada "como fonte para recebimento de benesses públicas", segundo autor, "**merecem repúdio**".⁵⁴⁹ (Grifo nosso.)

Por decorrência de alguns posicionamentos externados, entendemos que a regra para a concessão do título de organização social para determinada entidade deve ser a realização prévia de licitação ou processo de escolha que atenda os princípios do Direito Administrativo, para evitar o que Renato ZUGNO denomina de "golpes de caneta".⁵⁵⁰

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, sobre as organizações sociais, entende que "fica muito nítida a intenção do legislador de instituir um mecanismo de fugir do regime jurídico de direito público a que se submete a Administração Pública". A

⁵⁴⁷ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Obra citada, p. 117

⁵⁴⁸ LEAL, Rogério Gesta. Obra citada, p. 176.

⁵⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, 2002, p. 32, 33. O autor ainda salienta: "Não se admite, portanto, que o Estado constitua certa entidade, por meio da atribuição de recursos e patrimônio públicos, outorgue sua administração a servidores públicos, sujeitos aos desígnios e influências estatais, e pretenda caracterizá-la como 'organização social'. Hipótese assim configurada chega às raias da tipicidade penal". Ibid., p. 34-35 e JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, 2005, p. 135.

⁵⁵⁰ ZUGNO, Renato. Obra citada, p. 03.

autora ainda entende que para que as organizações sociais se enquadrem nos princípios constitucionais, seria necessário, no mínimo, a exigência de licitação para a escolha da entidade, comprovação de que a entidade é constituída validamente, demonstração de qualificação técnica e financeira para administrar o patrimônio público, submissão aos princípios da licitação, imposição de limitações salariais e prestação de garantia como exigida nos contratos administrativos.⁵⁵¹

Francisco de Assis ALVES revela o verdadeiro intuito da criação das organizações sociais, cujos contratos estarão “livres das dificuldades produzidas pelas atuais regras de licitação e pela obrigatoriedade do concurso público”. Ou seja, fuga dos preceitos constitucionais da licitação e concurso público que “amarrariam” a Administração Pública, e não mais as entidades privadas qualificadas como organizações sociais.⁵⁵²

Lúcia Valle FIGUEIREDO entende que com as organizações sociais pretende-se que o Estado se demita de suas funções essenciais, traspassando-as para pessoas privadas, que se “publicizarão” e atuarão com recursos do Estado, o que é uma **inconstitucionalidade**, pois saúde e educação são deveres do Estado, que não pode se demitir de suas funções, atribuindo-as a terceiros.⁵⁵³

Edgard Camargo RODRIGUES, Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, opina no sentido de que com a criação das organizações sociais, o que se pretende é contornar os rigores dos concursos e da Lei nº 8.666/93, considerados obstáculos ao gerenciamento eficaz dos serviços públicos, questionando se estas entidades estariam melhor aparelhadas que o Estado para proporcionar servidores de qualidade e a custos honestos, especialmente quando para estas não haverá os limites da lei.⁵⁵⁴

Saliente-se que as organizações sociais não fazem parte da Administração indireta. Paulo MODESTO é contrário ao entendimento de que as organizações sociais não passarão de entidades estatais de administração indireta, encobertas sob a forma de pessoas privadas, mas na verdade veículos expressivos do Poder do Estado.⁵⁵⁵

Sobre a responsabilidade da Administração por atos da organização social, Sílvio Luís Ferreira da ROCHA entende que a participação do Estado no Conselho

⁵⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, 2002, p. 215-216.

⁵⁵² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Obra citada, p. 188.

⁵⁵³ Ibid., p. 152.

⁵⁵⁴ Apud ALVES, Francisco de Assis. Obra citada, 2000, p. 271.

⁵⁵⁵ MODESTO, Paulo. Obra citada, dezembro, 2001, p. 08.

de Administração não acarreta a responsabilidade estatal, mesmo que subsidiária. Opina ainda que há responsabilidade solidária entre a organização social e o Poder Público (responsabilidade objetiva e subsidiária) por atos do agente público cedido à entidade venha a cometer e que causem danos a terceiros. Há, ainda, responsabilidade do Estado (responsabilidade subjetiva e subsidiária) pela omissão da Administração Pública em fiscalizar as atividades da entidade.⁵⁵⁶

Por mais que a Lei nº 9.637/98 não cite o controle do Tribunal de Contas da União sobre as organizações sociais (ao contrário da legislação das OSCIPs), entendemos que em face ao art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, estas entidades devem prestar contas à Corte de Contas. Assim, tanto o órgão fiscalizador quanto o Tribunal de Contas exercem estas fiscalizações.⁵⁵⁷ Informamos que o TCU (Decisão nº 592/1998) posiciona-se pela obrigatoriedade das organizações sociais prestarem contas anuais à Corte de Contas. Sílvia Luís Ferreira da ROCHA entende ainda que é possível o uso de ação popular para controle dos atos praticados pelas organizações sociais.⁵⁵⁸

Hely Lopes MEIRELLES entende que "Estados e Municípios, se quiserem se utilizar dessa nova forma de parceria na sua administração, deverão aprovar suas próprias leis" (matéria de prestação de serviços, de competência da respectiva entidade estatal), e portanto, segundo sua posição, a Lei das organizações sociais não é uma Lei Nacional, podendo servir de modelo.⁵⁵⁹ Para Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, "cabe às unidades federadas suplementarem, segundo seus respectivos interesses peculiares, a legislação federal sobre organizações sociais, embora observadas as regras gerais de competência privativa da União, tais como as baixadas sobre licitações e matérias financeiro-orçamentárias, pois se trata, basicamente, de organização administrativa, reserva federativa caracterizadora de sua própria autonomia político-administrativa (arts. 1º e 18, CF)".⁵⁶⁰ Informamos que vários Estados e municípios criaram suas leis próprias sobre o tema.⁵⁶¹

⁵⁵⁶ Ibid., p. 164.

⁵⁵⁷ No mesmo sentido, MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração Pública centralizada e descentralizada*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000, p. 454. Sobre o art. 70, parágrafo único, conferir: PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Da reforma administrativa constitucional*: Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 293-303.

⁵⁵⁸ ROCHA, Sílvia Luís Ferreira da. Obra citada, p. 132.

⁵⁵⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Obra citada, p. 369.

⁵⁶⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Obra citada, p. 193.

⁵⁶¹ Existem leis estaduais e municipais sobre as organizações sociais (LC nº 846/98 no Estado de São Paulo, Lei nº 7.027/97 na Bahia, Lei nº 2.415/99 no Distrito Federal, Lei nº 5.980/96 no Pará, Lei nº 762/95 em Tocantins, Lei nº 2.878/97, Lei nº 174/97 em Roraima). Francisco de Assis ALVES cita como exemplo de organização social o PARANACIDADE (Lei do Estado do Paraná nº

Poucas organizações sociais foram instituídas, o que acabou acarretando a necessidade da criação das organizações da sociedade civil de interesse público, com uma legislação mais simplificada. Francisco de Assis ALVES alertou que a necessidade de inclusão de representantes da Administração Pública no Conselho de Administração “poderia afastar o interesse de muitas entidades pelo pleito da qualificação como organização social”.⁵⁶²

Como exemplos entre as exíguas entidades qualificadas como organizações sociais, que firmaram contratos de gestão com a União e substituíram entidades estatais extintas pela própria Lei das organizações sociais, são o Laboratório Nacional de Luz Síncroton (pesquisas na área da ciência e tecnologia, em Campinas/SP) e a Fundação Roquete Pinto (TV, no Rio de Janeiro). Na totalidade, apenas 5 entidades foram qualificadas como OS no âmbito federal.⁵⁶³

2.5.4. Organização da sociedade civil de interesse público - OSCIP

As organizações da sociedade civil de interesse público foram criadas pela Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999,⁵⁶⁴ chamada de “Lei das OSCIPs” ou “Nova Lei do Terceiro Setor” cujo regulamento é o Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999. Efetivamente, foi criado um título denominado OSCIP concedido às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, quando estas atenderem determinados requisitos legais.⁵⁶⁵

Ruth CARDOSO, ex-Presidente do Conselho da Comunidade Solidária, entende que a Lei das OSCIPs “introduz uma nova concepção de esfera pública

11.498/96). ALVES, Francisco de Assis. Obra citada, 2000, p. 248. Sobre o PARANACIDADE, ver ainda SCAFF, Fernando Facury. Obra citada, p. 292. GASPARINI entende que “essa espécie de parceria pode ser utilizada pelos Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, bastando que editem suas respectivas normas legais”. GASPARINI, Diogenes. Obra citada, p. 408. Foi aprovado no mês de janeiro/2006 Projeto de Lei na Câmara de Vereadores de São Paulo sobre as organizações sociais do município, na área da saúde, que vem gerando polêmica (ver sobre o tema notícias da Folha de S. Paulo dos dias 08, 10 e 16 de dezembro de 2005 e 07, 08 e 10 de janeiro de 2006).

⁵⁶² ALVES, Francisco de Assis, Obra citada, 2000, p. 196. No mesmo sentido Paulo MODESTO, Paulo. Obra citada, agosto, 2001, p. 11.

⁵⁶³ Outros exemplos de organizações sociais: Biodiversidade da Amazônia – BIOAMAZÔNIA (Decreto Federal em 18.3.99); Centro de Gestão e Estudos Estratégicos (Decreto nº 4.078/2002); e Associação Rede Nacional de Ensino e Pesquisa – RNP (Decreto nº 4.077/2002).

⁵⁶⁴ Após discussões sobre o “marco legal do terceiro setor”, durante duas Rodadas de Interlocução Política do Conselho da Comunidade Solidária, realizadas entre 1997 e 1998, foi enviada no segundo semestre de 1988 o anteprojeto de lei das OSCIPs ao Congresso Nacional, onde foi aprovada a lei e sancionada pelo Presidente em 1999.

⁵⁶⁵ A Portaria nº 361, de 27 de julho de 1999, do Ministério da Justiça, disciplina os procedimentos necessários para obtenção da qualificação como OSCIP.

social, que possibilita firmar parcerias entre Estado e sociedade civil sobre novas bases mais condizentes com as atuais exigências de publicização e eficiência das ações sociais”.⁵⁶⁶

Não podem receber a qualificação, nos termos do art. 2º da Lei das OSCIPs, como rol exaustivo, as sociedades **comerciais**; entidades de classe ou representantes de categoria **profissional**; instituições **religiosas** ou disseminadoras de credos ou cultos; organizações **políticas** e suas fundações; entidades de **benefício mútuo** que objetivam vantagens apenas para seus membros; pessoas jurídicas que comercializam **planos de saúde**, instituições hospitalares e escolas privadas **não gratuitas** e suas mantenedoras; **organizações sociais**; **cooperativas**; **fundações públicas**; entidades de direito privado **criadas** por órgão ou entidade **pública**; e, por fim, organizações **creditícias** vinculadas ao sistema financeiro nacional a que se refere o art. 192 da Constituição Federal. Diante destes impedimentos, das pessoas jurídicas de direito privado previstas no novo Código Civil apenas as **associações e fundações privadas** podem receber o título, sendo impedidas as entidades políticas e religiosas, expressamente, e as sociedades, por terem fins lucrativos.

Sempre com o propósito de universalização de serviços, a lei determina que apenas poderão ser qualificadas as entidades com objetivos sociais de prestação de “uma série de serviços sociais e promoção de direitos fundamentais”⁵⁶⁷: promoção da assistência social⁵⁶⁸; da cultura; da defesa e da conservação do patrimônio histórico ou artístico; da educação e da saúde gratuitas; da segurança alimentar e nutricional; do meio ambiente⁵⁶⁹ e do desenvolvimento sustentável⁵⁷⁰; do voluntariado⁵⁷¹; do desenvolvimento econômico e social; do combate à pobreza; da experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-educativos e de sistemas

⁵⁶⁶ CARDOSO, Ruth. *Apresentação* da obra “OSCIP – Organização da sociedade civil de interesse público: a lei 9.979/99 como alternativa para o terceiro setor”, 2ª edição. Brasília: Comunidade Solidária, 2002, p. 11.

⁵⁶⁷ Segundo OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de, MÂNICA, Fernando Borges. Obra citada, p. 5209-5351.

⁵⁶⁸ Vide art. 3º da LOAS.

⁵⁶⁹ Ver sobre OSCIPs ligadas ao meio ambiente Lei nº 9.985/2000 e Decreto nº 4.340/2002.

⁵⁷⁰ Carlos MONTAÑO critica o discurso do atingimento do “desenvolvimento sustentado” que “aumentará o bolo” para todos, que trará modernização e bem-estar geral, e que para isso seria preciso o engajamento solidário e desinteressado de todos, pois este desenvolvimento seria autodestrutivo e encobriria o seu real beneficiário, o capital. MONTAÑO, Carlos. Obra citada, p. 149, 150.

⁵⁷¹ A Lei do Voluntariado (Lei nº 9.608/98) formaliza a relação de trabalho voluntário.

alternativos de produção, comércio, emprego e crédito⁵⁷²; de direitos e assessoria jurídica gratuita; da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e demais valores universais; e demais estudos, pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos relacionados aos temas acima citados.

Os estatutos das pessoas jurídicas interessadas no título de OSCIP devem conter a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência; a adoção de práticas de gestão administrativa que coíbam a obtenção de privilégios em decorrência de participação nas decisões; constituição de conselho fiscal com amplos poderes de fiscalização; previsão de que na dissolução da entidade o seu patrimônio líquido será transferido para outra OSCIP; previsão de que na perda da qualificação o seu acervo patrimonial adquirido com recursos públicos durante a qualificação será transferido a outra OSCIP; possibilidade de instituir remuneração aos dirigentes executivos da entidade e seus prestadores de serviços, respeitados os valores de mercado; e várias normas de prestação de contas fixadas no inc. VII do art. 4º da Lei nº 9.790/99.⁵⁷³

Augusto de FRANCO declara que a Lei das OSCIPs, ao permitir a **remuneração dos seus dirigentes**, põe fim “a uma hipocrisia institucionalizada, que vigora há décadas no país: os verdadeiros dirigentes das organizações travestem-se de funcionários executivos colocando ‘laranjas’ nas diretorias de suas entidades; e fazem-no para não perder velhos títulos que lhe dão direitos a benefícios, como a Utilidade Pública Federal”.⁵⁷⁴

José Eduardo Sabo PAES analisa que “à medida que o novo modelo de Estado e a própria sociedade civil organizada imprimiram uma maior participação dessas organizações na prestação de serviços de interesse da sociedade, verificou-se, de pronto, a necessidade de se dar um perfil mais profissional às entidades integrantes do Terceiro Setor”, surgindo a necessidade de remuneração de seus administradores. Entretanto, segundo o autor, o parâmetro “valores de mercado” é,

⁵⁷² As entidades devidamente qualificadas como OSCIPs que se dedicam a sistemas alternativos de crédito e não têm qualquer tipo de vinculação com o Sistema Financeiro Nacional, não estão sujeitas à MP nº 2.172-32/2001 e à Lei da Usura.

⁵⁷³ O parágrafo único do art. 4º da Lei nº 9.790/99, incluído pela Lei nº 10.539/2002, dispõe que é possível a participação de servidores públicos nos conselhos das OSCIPs, sendo vedada a percepção de remuneração ou subsídio, a qualquer título.

⁵⁷⁴ FRANCO, Augusto de. Obra citada, p. 16.

“senão incerto, pelo menos vago” e que permitirá uma grande margem de discricionariedade na fixação da remuneração nas OSCIPs.⁵⁷⁵

A entidade interessada na qualificação ainda deverá encaminhar requerimento escrito ao Ministério da Justiça com cópias autenticadas do seu estatuto registrado em cartório, ata da eleição de sua diretoria, balanço patrimonial e demonstração do resultado do exercício, declaração de isenção do imposto de renda⁵⁷⁶, e inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas - CNPJ.

A outorga da qualificação é ato vinculado, ou seja, a entidade atendendo os requisitos legais, o Ministério da Justiça é obrigado a conceder o título, não sendo assim, um ato discricionário, dependente de uma decisão conforme a conveniência e oportunidade do administrador público, conforme ocorre com as organizações sociais.

O Ministério da Justiça terá 30 dias para decidir o caso, e sendo deferido, emitirá o certificado em 15 dias. Sendo indeferido, o que ocorrerá apenas no caso da entidade desatender alguma exigência legal, em 15 dias será publicada a decisão no Diário Oficial da União.⁵⁷⁷

Elisabete Ferrarezi e Valéria Rezende apontam as mudanças entre a Lei das OSCIPs e a legislação anterior: “processo de qualificação (menos oneroso e mais ágil); abrangência institucional (reconhecimento de organizações cujas áreas de atuação social não eram contempladas legalmente); acesso a recursos públicos (menos burocrático e com maior controle público e social); mecanismos de planejamento, avaliação e controle dos projetos que envolvem recursos públicos (gestão estratégica)”.⁵⁷⁸ A Lei ainda repete o preceito constitucional do contraditório e ampla defesa, em processo administrativo ou judicial, por iniciativa dos cidadãos ou autoridades, para que a entidade qualificada perca o título de OSCIP. A própria entidade ainda poderá solicitar a sua desqualificação.

⁵⁷⁵ PAES, José Eduardo Sabo. Obra citada, p. 85, 145, 155, 156. O autor cita, ainda, as seguintes normas sobre remuneração de pessoas, sua implicação nos incentivos fiscais e demais normas sobre Direito Tributário: Lei nº 9.532/97, art. 12; arts. 150, VI, c, 156, VI, e 195, § 7º, da Constituição Federal; Lei nº 8.212/91, art. 55, IV; Lei nº 91/35 e Decreto nº 50.517/61, art. 2º, d; Decreto nº 2.2536/98, art. 3º, VIII; MP nº 66/2002 e Lei nº 10.637/2002, art. 34; MP nº 2.158-34/2001, arts. 59 e 60; Lei nº 9.249/95.

⁵⁷⁶ Segundo Paulo MODESTO, a exigência de apresentação de balanço patrimonial e demonstrativo do resultado do exercício e declaração de isenção do imposto de renda, indiretamente exige que o prazo mínimo da entidade seja de um ano. MODESTO, Paulo. Obra citada, 2001, p. 13.

⁵⁷⁷ O Ministério da Justiça deve permitir livre acesso a todas as informações pertinentes às OSCIPs, a qualquer interessado, mediante requerimento.

⁵⁷⁸ FERRAREZI, Elisabete e REZENDE, Valéria. *OSCIP – Organização da sociedade civil de interesse público: a lei 9.979/99 como alternativa para o terceiro setor*, 2ª edição. Brasília: Comunidade Solidária, 2002, p. 34.

Note-se que a Lei nº 9.790/99, art. 16, proíbe que as OSCIPs participem de campanhas de interesse político-partidário ou eleitorais, sob qualquer meios ou formas.⁵⁷⁹

A Lei nº 9.790/99, com alteração realizada pela Medida Provisória nº 2.216-37/2001, dispôs que as entidades com outras qualificações legais poderiam qualificar-se como OSCIPs, podendo estas manter simultaneamente as qualificações até 5 anos da vigência da Lei (publicada e vigente desde 24.3.99), prazo encerrado no dia 24 de março de 2004. Até esta data a entidade deveria optar pelo título OSCIP, o que implicaria renúncia de suas qualificações anteriores, caso contrário perderia a qualificação como OSCIP.⁵⁸⁰

É importante deixar claro que o título de OSCIP não substitui o Certificado de Utilidade Pública Federal nem o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social – CEBAS. “Não substitui” no sentido de que a Lei das OSCIPs não revogou os outros dois títulos já existentes. Entretanto, entendemos que em determinadas situações, se antes da existência das OSCIPs era exigido o Certificado de Utilidade Pública ou o CEBAS, poderá ser avaliada a aceitação da qualificação OSCIP.

Note-se que ao contrário das entidades qualificadas como organizações sociais, que ao serem tituladas também são declaradas como entidades de interesse social e de utilidade pública, as OSCIP não receberão automaticamente outros títulos.

Saliente-se que o registro no já tratado Conselho Nacional de Assistência Social - CNAS segundo nosso entendimento não é um título ou qualificação. Assim, nos termos do art. 18 da Lei das OSCIPs, a entidade pode ter esse registro e ser qualificada como OSCIP, sem a existência legal de prazo delimitador.⁵⁸¹

Augusto de FRANCO informa que até a promulgação da Lei das OSCIPs, que aumentou as finalidades públicas das organizações, o Estado apenas reconhecia 3 finalidades para as entidades do "terceiro setor": saúde, educação e assistência social, o que instaurava uma outra hipocrisia, pois as entidades se

⁵⁷⁹ O que pode ser um absurdo se esta proibição for estendida a participação em referendos e plebiscitos, tanto na discussão sobre a convocação destes institutos quanto na própria campanha.

⁵⁸⁰ A título de exemplo, conforme informações adquiridas no setor de convênios da Secretaria de Estado do Trabalho, Emprego e Promoção Social do Paraná, a entidade Pastoral da Criança, que tinha qualificação de utilidade pública e de OSCIP, como perderia descontos nas taxas de energia se perdesse o título de utilidade pública, preferiu desistir da qualificação de OSCIP para manter os descontos.

⁵⁸¹ Neste sentido, FERRAREZI, Elisabete e REZENDE, Valéria. Obra citada, p. 35.

travestiam como organizações de educação ou assistência social.⁵⁸²

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO prefere as OSCIPs às organizações sociais, uma vez que estas foram criadas para que assumissem atividades desempenhadas pela Administração Pública, enquanto que no caso das OSCIPs “essa intenção não existe”, pois há uma verdadeira atividade de fomento, um incentivo à iniciativa privada de interesse público, além de que as entidades para serem qualificadas como OSCIP devem demonstrar a existência legal, evitando as entidades fantasmas.⁵⁸³

José Maria Pinheiro MADEIRA aduz que “o sistema proposto para as OSCIP é mais eficiente para fomentar as parcerias na Administração, pois o Estado não está extinguindo uma entidade pública para que seja administrada por particulares, mas, realmente, incentivando a criação de entes intermediários por parte da sociedade”.⁵⁸⁴

Entretanto, verificamos que as OSCIPs, assim como as organizações sociais, também são qualificadas para assumirem atividades estatais, com o intuito de fuga do regime jurídico administrativo. Exemplificativamente, muitos Municípios acabam repassando atividades que antes eram executadas diretamente pela Administração Pública para entidades qualificadas como OSCIPs, escapando do concurso público e da realização de licitação, praticando, inclusive, terceirizações ilícitas. Sobre estas realidade, Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA e Fernando Borges MÂNICA ressaltam “que a OSCIP deve atuar de forma distinta do Poder Público parceiro, ou seja, deve ser clara a separação entre os serviços públicos prestados pela entidade pública e as atividades desenvolvidas pela OSCIP (...) impedindo-se, assim a caracterização de uma forma ilegal de terceirização de serviços públicos. Afinal, o termo de parceria é instrumento criado para que entidades do terceiro setor recebam incentivo para atuar ao lado do ente público, de maneira distinta dele, e não para que substitua tal ente, fazendo as vezes do Poder Público”.⁵⁸⁵

GASPARINI entende que, assim como para as organizações sociais:

⁵⁸² FRANCO, Augusto. Obra citada, p. 16.

⁵⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, 2002, p. 218, 219.

⁵⁸⁴ MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração Pública centralizada e descentralizada*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000, p. 456.

⁵⁸⁵ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de, MÂNICA, Fernando Borges. Obra citada, p. 5209-5351.

Estados, Municípios e Distrito Federal podem, certamente, qualificar pessoas jurídicas, criadas nos moldes do Direito Privado, como organizações da sociedade civil de interesse público, **desde que previamente sejam dotados das respectivas leis disciplinadoras da instituição desses entes**. A **legislação federal** pertinente só se aplica à **Administração Pública federal**, não servindo, portanto, de suporte legal para qualificar pessoas jurídicas de Direito privado como organizações da sociedade civil de interesse público no âmbito estadual, distrital ou municipal.⁵⁸⁶

Entendemos que por mais que os estados e municípios não possam qualificar entidades como OSCIPs, a não ser que tenham leis próprias neste sentido, é possível que estes entes firmem termos de parceria com as entidades qualificadas pela Administração Pública federal. Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA e Fernando Borges MÂNICA não chegam a enfrentar esta discussão, mas entendem que é possível que cada entidade federativa crie sua legislação específica sobre os procedimentos a serem adotados para a celebração dos termos de parceria.⁵⁸⁷ Dão a entender, assim, que não é obrigatório que estados e municípios formulem leis próprias para que celebrem termos de parceria qualificados pelo Poder Público federal.

Marçal JUSTEN FILHO confessa espanto face à criação das OSCIPs pela similitude com as organizações sociais, pois as diferenças, para o autor, são muito pequenas.⁵⁸⁸ No entanto, as **diferenças** básicas entre as organizações sociais e as OSCIPs são as seguintes:

- a) as organizações sociais firmam contratos de gestão e as OSCIPs termos de parceria;
- b) a decisão de qualificação de entidade como organização social é discricionária, enquanto que para a OSCIP é vinculada por parte do Poder Público;
- c) apenas as organizações sociais recebem servidores para nelas prestar serviços e bens públicos;
- d) ao contrário das organizações sociais, que ao serem tituladas também são declaradas como entidades de interesse social e de utilidade pública, as OSCIP não recebem automaticamente outros títulos;
- e) Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO entende que o pacto de contrato de gestão é condicionante para a qualificação da entidade como organização social. Defendemos que tanto as organizações sociais quanto as OSCIPs primeiro são

⁵⁸⁶ GASPARINI, Diogenes. Obra citada, p. 410.

⁵⁸⁷ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de, MÂNICA, Fernando Borges. Obra citada, p. 5209-5351.

⁵⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, 2002, p. 36.

qualificadas e depois firmam seus contratos de gestão e termos de parceria, respectivamente. Com esta posição, discordamos respeitosamente do autor citado;

f) o Poder Público participa dos quadros diretivos apenas nas organizações sociais, havendo nas OSCIPs “um distanciamento maior do Estado”, como ensina Egon Bockmann MOREIRA,⁵⁸⁹

g) o objeto de atividades das OSCIPs é mais amplo;

h) as OSCIPs “podem atuar sem qualquer vínculo com o Poder Público, ao contrário do que se poderia cogitar em relação às organizações sociais indissociavelmente vinculadas à pactuação de um contrato de gestão com a Administração Pública”, conforme lembra Marçal JUSTEN FILHO,⁵⁹⁰

i) apenas nos termos de parceria celebrados pelas OSCIPs é necessária a aprovação prévia por parte dos conselhos de políticas públicas;

j) apenas para as OSCIPs existe previsão de fiscalização por parte do Tribunal de Contas. Mesmo assim entendemos que as OS, quando receberem dinheiro público, serão fiscalizadas pela Corte de Contas respectiva;

h) Para Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA as organizações sociais não podem ser entendidas como entidades não-governamentais ou integrantes do “terceiro setor”, ao contrário das OSCIPs.⁵⁹¹

Após criticarmos o ideário do “terceiro setor”, no atual contexto neoliberal, verificamos que cada vez mais o Estado repassa recursos públicos às entidades privadas sem fins lucrativos, seja realizando suas atividades de fomento ou delegação de serviços sociais. Assim, é de suma importância tratarmos juridicamente das parcerias entre as organizações do “terceiro setor” e a Administração Pública.⁵⁹²

⁵⁸⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público e seus “vínculos contratuais” com o Estado*. In: CUÉLLAR, Leila e MOREIRA, Egon Bockmann. *Estudos de Direito Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 267.

⁵⁹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, 2005, p.135-136.

⁵⁹¹ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Obra citada, p. 464.

⁵⁹² Informamos que desde 1999 questionávamos a tendência de restrição ao regime jurídico administrativo, via diminuição das licitações, em face ao neoliberalismo, citando como exemplo as organizações sociais. VIOLIN, Tarso Cabral. *A importância das licitações na Administração Pública*. Jornal Sobra Pinto nº 02, jun-jul/1999, do Centro Acadêmico Sobra Pinto.

"Findaremos, de terceirização em terceirização, de privatização em privatização, caindo na mais completa **besteirização**".⁵⁹³

Carlos Ayres Britto

3. AS PARCERIAS DO “TERCEIRO SETOR” COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Após tratarmos do Estado, da Administração Pública e do chamado "terceiro setor", pretendemos aclarar algumas questões sobre as parcerias que as entidades deste firmam com a Administração Pública.

O termo "parceria" vem do latim *partarius*, participante.⁵⁹⁴ Edmir Netto de ARAÚJO entende que o termo "parceria" não é jurídico, e significa a conjugação de esforços entre o Poder Público e particulares para algum objetivo comum, de colaboração, entendendo que se afeiçoa mais à figura do convênio do que a de contrato.⁵⁹⁵

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO⁵⁹⁶ ensina que as parcerias, em sentido amplo, designam todas as formas de sociedade que, sem formar uma nova pessoa jurídica, são organizadas entre os setores público e privado, para consecução de fins de interesse público que a Administração Pública firma com a iniciativa privada; são consideradas como “privatização em sentido amplo”, e subdividem-se em:

- a) desregulação, com a diminuição do Estado no domínio econômico;
- b) desmonopolização de atividades econômicas;

⁵⁹³ BRITTO, Carlos Ayres. Apud PONTES FILHO, Valmir. Obra citada, p. 70.

⁵⁹⁴ Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO também informa que o termo parceria era utilizado como parceria rural no Código Civil de 1916, arts. 1410 a 1423. Para o autor, o termo de parceria não é tão amplo quanto o utilizado por DI PIETRO, pois o autor entende como modalidade de administração associada, como concessões de serviços públicos, permissões de uso de bem público, etc., excluindo a associação de colaboração (*cum laborare*), onde estariam incluídas as organizações sociais, OSCIPs, etc. Tanto os entes associados de parceria quanto os entes associados de colaboração seriam "administração associada extra-estatal". MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Obra citada, p. 268-281.

⁵⁹⁵ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 120.

⁵⁹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, 2002, p. 17-20, 34.

c) privatização em sentido estrito⁵⁹⁷, desnacionalização ou desestatização⁵⁹⁸ (venda de ações de empresas estatais ao setor privado), nos termos da Lei nº 9.491/97;

d) delegação (concessão/permissão de serviços públicos⁵⁹⁹): com concessionárias, empresas privadas, e não mais empresas estatais, sendo substituídos impostos por preços e tarifas); e

e) *contracting out*, que são os acordos variados com o setor privado. Exemplos: convênios, contratos de gestão⁶⁰⁰ e termos de parceria (como forma de fomento); contratos de obras; e contratos de prestação de serviços, a chamada terceirização⁶⁰¹ (que é uma espécie de cooperação).

DI PIETRO ainda entende que a parceria serve ao objetivo de: diminuição do tamanho do Estado, quando delega ao setor privado atividades executadas pelo Estado, com a extinção ou diminuição de órgãos públicos; fomento, ao ajudar a iniciativa privada para o desempenho de atividades de interesse público; e eficiência, pelo menos teoricamente. Para ela⁶⁰², as formas de parcerias possíveis

⁵⁹⁷ Segundo Edmir Netto de ARAÚJO, "privatização, juridicamente, é transformação de algo que é de regime jurídico público para o regime privado. O que se tem chamado de privatização é, na verdade, transferência de controle acionário de entidades que já são de direito privado: podem ser 'privatizados' serviços públicos prestados por entidades de natureza jurídica de direito público, não entidades de direito privado, mas sob o controle do Estado". ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 120, 699. Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO prefere utilizar o termo privatização em seu sentido estrito. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Privatização e serviços públicos*. In: Revista Trimestral de Direito Público nº 22. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 172-180.

⁵⁹⁸ O Programa Nacional de Desestatização foi normatizado pela Lei nº 8.031/90, e depois pela Lei nº 9.491/97.

⁵⁹⁹ Serviço Público "é toda a atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo", conforme clássica definição de BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Obra citada, 2005, p. 628. Romeu Felipe BACELLAR FILHO também é contrário a idéia de desvincular o serviço público do regime jurídico administrativo. Sobre o tema BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira*. In: Revista de Direito Administrativo nº 230. Rio de Janeiro: Renovar, out/dez. 2002, p. 153-162.

⁶⁰⁰ Para a autora os contratos de gestão também servem para desburocratização.

⁶⁰¹ "Terceirização consiste num contrato de prestação de serviços por meio do qual um sujeito transfere a outrem o dever de executar uma atividade determinada, necessária a satisfação de um dever". JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, 2005, p. 552. Edmir Netto de ARAÚJO ensina que terceirização não é um termo jurídico, e é usado pela Ciência da Administração como prestação de serviços eventuais por terceiros, e não é concessão ou permissão. O autor alerta que a substituição de mão-de-obra regular do Estado por empresa interposta afigura-se prática ilegal, em face ao vínculo trabalhista com o tomador do serviço, no caso o Estado (Enunciados 256 e 331 do TST), pois não ocorre determinação do serviço, do prazo, e há subordinação hierárquica na maioria das vezes. ARAÚJO, Edmir Netto de. Obra citada, p. 120, 121, 699. Ver ainda RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na Administração Pública*. São Paulo: LTr, 2001.

⁶⁰² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, 2002, p. 48, 49.

são as seguintes:

a) serviços de natureza comercial ou industrial: concessão/permissão de serviços públicos. Não podem para atividades exclusivas, indelegáveis; serviços sociais, gratuitos; serviços *uti universi* (ou gerais), não usufruíveis diretamente pelos cidadãos, mas apenas os *uti singuli* (ou individuais).

b) serviços sociais: contratos de gestão com organização social e termos de parceria com OSCIP e gestão associada por convênios e consórcios.

c) atividades exclusivas: contratos de gestão (art. 37, § 8º).

d) núcleo estratégico: parceria impossível.

e) serviços administrativos: terceirização, atividades-meio, e contratos de gestão (37, § 8º).

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO prefere utilizar o termo “parceria” num sentido mais restrito do que o de DI PIETRO, que seria “uma expressão em voga”, e teria “a finalidade de desenvolver atividades valiosas para a coletividade e que são livres à atuação da iniciativa privada, conquanto algumas delas, quando exercidas pelo Estado, se constituam em serviços públicos”.⁶⁰³ Sílvia Luís Ferreira da ROCHA também utiliza a expressão “parceria” como meio de fomento à iniciativa privada de interesse público, como os convênios, contratos de gestão e termos de parceria.⁶⁰⁴ Neste mesmo sentido José dos Santos CARVALHO FILHO, que classifica os regimes de parceria em três grupos, o regime de convênios administrativos, os contratos de gestão (com as organizações sociais) e da gestão por colaboração (com as OSCIPs).⁶⁰⁵

Paulo MODESTO alerta que as parcerias exigem na relação entre o Estado e as ONGs a ocorrência de um grau adequado de confiança e lealdade recíproca, bem como sincera e mútua concordância em torno de propósitos comuns.⁶⁰⁶

Salientamos que existe uma expressão ainda mais específica, que é o “termo de parceria” firmado pelas OSCIPs adiante tratadas. Utilizamos neste trabalho a expressão “parceria” em sentido amplo, como o gênero, e o convênio, o contrato, o termo de parceria, entre outros, como espécies.

⁶⁰³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Obra citada, 2005, p. 208.

⁶⁰⁴ O autor ainda aduz que entre o convênio e a parceria não existe uma diferença de regime jurídico que permita distingui-los, pois são nomes diferentes para designar o mesmo fenômeno jurídico: “O convênio poderia designar o gênero; e a parceria, a espécie”. ROCHA, Sílvia Luís Ferreira da. Obra citada, p. 51, 52.

⁶⁰⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Obra citada, p. 278.

⁶⁰⁶ MODESTO, Paulo. Obra citada, 2001, p. 06.

3.1. OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Muito se discute sobre as organizações sociais e as OSCIPs, e seus respectivos acordos com a Administração Pública, via contratos de gestão e termos de parceria. Entretanto, a doutrina nacional pouco se aprofunda quando o tema é relativo às contratações realizadas entre as entidades do "terceiro setor" e a Administração Pública, assim como aos convênios administrativos firmados entre o poder público e essas organizações.⁶⁰⁷

Contrato administrativo é um ajuste que a Administração Pública celebra com terceiros para consecução de objetivos de interesse público. Aplicam-se a eles as normas de direito público, e supletivamente os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.⁶⁰⁸

Quando analisa os contratos administrativos, Romeu Felipe BACELLAR FILHO conclui que "no cenário brasileiro, tomando-se por base o regime de direito público constitucionalmente demarcado, o contrato administrativo define-se como toda avença travada entre a Administração Pública e terceiros na qual a permanência do vínculo e as condições de seu cumprimento estão sujeitas a imposições de interesse público, assegurada, em qualquer circunstância, a proteção do patrimônio privado contratante".⁶⁰⁹

A principal diferença entre os contratos de direito privado e os contratos administrativos é que nesses a Administração Pública tem prerrogativas (art. 58 da Lei nº 8.666/93), também chamadas de cláusulas exorbitantes. Sobre elas, Romeu Felipe BACELLAR FILHO aduz que "a rigor, estas cláusulas inexistem como criação ou estipulação das partes no instrumento do contrato. O que há de certo é que o regime jurídico administrativo faz exsurgir emanações decorrentes da preponderância do interesse público configuradoras de prerrogativas que a doutrina acostumou-se a denominar como exorbitantes do direito comum".⁶¹⁰ Jean RIVERO

⁶⁰⁷ Existem ainda outros acordos de vontade entre a Administração Pública e entes privados, como, por exemplo, o protocolo de intenção. Mediante eles "se ajusta a realização e atividade ou de certas condutas ante uma questão", o que pode desencadear "futuros convênios ou contratos, como especificações ou concretizações" do protocolo de intenções. MEDAUAR, Odete. Obra citada, p. 269.

⁶⁰⁸ Como regra é nulo o contrato verbal (art. 60, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93).

⁶⁰⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Obra citada, 2005, p. 113.

⁶¹⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Contrato administrativo*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord. Geral). *Direito administrativo contemporâneo: estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 321, e BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Licitações e contratos administrativos - considerações críticas*. In: Revista

ensina que nos contratos administrativos o Poder Público utiliza um certo número de prerrogativas ligadas ao interesse geral sob sua responsabilidade, e que a colocam em posição de superioridade em relação ao seu contraente.⁶¹¹

No Brasil, as prerrogativas são, basicamente, as seguintes: (I) modificar, unilateralmente, os contratos administrativos, para melhor atendimento ao interesse público, respeitados os direitos dos contratados; (II) rescisão unilateral dos contratos administrativos; (III) fiscalização da execução; (IV) aplicação de sanções por inexecuções; e (V) nos casos de serviços essenciais, ocupar bens, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, no caso de faltas contratuais e rescisão do contrato.⁶¹²

O art. 55 da Lei nº 8.666/93 estipula as várias cláusulas que devem estar presentes em todos os contratos administrativos, como o objeto, os valores envolvidos, os prazos, os direitos e responsabilidades das partes, etc. Saliente-se que o art. 57, § 3º, ainda define que é vedado o contrato com prazo de vigência indeterminada.

3.1.1. Licitação

A licitação é um processo administrativo a ser realizado previamente ao contrato administrativo, o qual, proporcionando isonomia, seleciona a proposta mais vantajosa para a Administração. Para Adilson Abreu DALLARI, “licitação é um procedimento administrativo unilateral, discricionário, destinado à seleção de um contratante com a Administração para a aquisição ou a alienação de bens, a prestação de serviços e a execução de obras”.⁶¹³

Conforme o art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, a regra é a realização de licitação, a não ser nos casos de dispensa ou inexigibilidade fixados na legislação.

Saliente-se que compete privativamente à União legislar sobre as normas gerais que tratam sobre licitações e contratos administrativos, nos termos do art. 22,

Zênite, Informativo de Licitações e Contratos nº 100, junho/2002, p. 534.

⁶¹¹ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981, p. 137.

⁶¹² Ver VIOLIN Tarso Cabral e TABORDA, Mônica Oldani. *As prerrogativas da administração nos contratos administrativos - as chamadas cláusulas exorbitantes*. In: Revista Zênite - Informativo de Licitações e Contratos Administrativos - ILC nº 105, nov./2002.

⁶¹³ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 191.

inc. XXVII da Carta Magna. Atualmente, é a Lei nº 8.666/93 que trata, basicamente, das normas gerais relativas às licitações e contratos administrativos.⁶¹⁴

Vários são os princípios aplicáveis às licitações e contratos administrativos, entre eles os princípios constitucionais explícitos na Constituição Federal, como os listados no art. 37 da Constituição (Administração Pública em geral), princípios da Legalidade, da Impessoalidade, da Moralidade, da Publicidade e o da Eficiência, sendo que esse último foi incluído pela Emenda Constitucional nº 19/98, assim como o Princípio da Isonomia, fixado no *caput* do art. 5º.

Os princípios expressos na Lei nº 8.666/93 aplicáveis especificamente às licitações e contratos administrativos, além dos já citados, são os Princípios da Probidade Administrativa, da Vinculação ao Instrumento Convocatório, do Julgamento Objetivo, assim como os demais princípios correlatos.

É claro que também são concernentes às licitações e contratos os princípios constitucionais implícitos, como por exemplo o da Razoabilidade, da Proporcionalidade, da Motivação, da Autotutela, etc.

A licitação é o gênero que se subdivide em várias modalidades, entre elas a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão, conforme a Lei nº 8.666/93, assim como a nova modalidade pregão, nos termos da Lei nº 10.520/2002.⁶¹⁵

O pregão, basicamente, deve ser utilizado para a contratação de bens e serviços comuns; nele ocorre uma inversão de fases com relação à Lei nº 8.666/93 (primeiro a fase de julgamento de propostas depois a fase de habilitação); e na fase de julgamento das propostas os licitantes podem cotar proposta escrita e depois realizar lances.⁶¹⁶

Na fase de habilitação do procedimento licitatório, os documentos a serem exigidos são os listados na Lei nº 8.666/93: (a) cumprimento ao art. 7º, inc. XXXIII, da Constituição Federal, que proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre ao menor de 18 anos e qualquer trabalho ao menor de 14 anos, salvo na condição de aprendiz; (b) habilitação jurídica; c) qualificação técnica; d) qualificação econômico-financeira; e (e) regularidade fiscal.

⁶¹⁴ Sobre o tema, ver BRITTO, Carlos Ayres. *O perfil constitucional da licitação*. Curitiba: ZNT, 1997.

⁶¹⁵ Regulamentado no âmbito federal pelo Decreto nº 3.555/2000.

⁶¹⁶ Os tipos de licitação que existem são o menor preço, melhor técnica, técnica e preço e maior lance ou oferta.

3.1.2. Contratação direta e dispensa de licitação

Note-se que é possível que um contrato administrativo seja firmado sem a realização de licitação, o que é chamado de contratação direta, via dispensa de licitação ou inexigibilidade.⁶¹⁷

A dispensa de licitação pode ocorrer conforme o art. 17 da Lei nº 8.666/93 (chamada por alguns como licitação dispensada), que trata das hipóteses de contratação direta para a alienação de bens públicos.

Desse dispositivo, o aplicável explicitamente para as entidades do "terceiro setor" é o art. 17, inc. II, "a", que permite a alienação de bens públicos móveis, subordinada à existência de interesse público, após avaliação prévia e licitação, sendo essa dispensada no caso de "a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência sócio-econômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação".

A contratação também poderá ocorrer por dispensa de licitação nos casos do art. 24 da Lei de Licitações (chamada de licitação dispensável), em casos como, por exemplo, a compra ou contratação de serviços for de baixo valor (incisos I e II) ou em casos de emergência (inc. IV).

Dos dispositivos do art. 24, os incisos mais utilizados para contratação das entidades do "terceiro setor" são o XIII, XX e XXIV, os quais passamos a analisar.

XIII – na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos.

O dispositivo em tela permite a dispensa de licitação para a contratação de entidades sem fins lucrativos.

Marçal JUSTEN FILHO, sobre o dispositivo legal, entende que o mesmo exclui pessoas físicas e que quando trata de "instituição" o termo transcende os interesses dos seus associados, ou interesses pessoais. Para o autor o termo "desenvolvimento institucional" identifica as instituições que promovem o

⁶¹⁷ Sobre a inexigibilidade de licitação, que também é uma forma de contratação direta, o art. 25 da Lei nº 8.666/93 dispõe que será inexigível a licitação nos casos de inviabilidade de competição, e traz alguns exemplos em que é possível a contratação direta: quando há um único produtor ou fornecedor (I), na contratação de serviços técnicos, de natureza singular, com alguém de notória especialização (III) e na contratação de artista consagrado (III).

desenvolvimento de outras instituições, sociais e políticas. Por fim, JUSTEN FILHO ainda entende que existindo diversas instituições em situação semelhante, caberá a realização de licitação para escolha.⁶¹⁸

Edmir Netto de ARAÚJO alerta que o dispositivo é aplicável para entidades particulares, como a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência - SBPC,⁶¹⁹ ou oficiais, como o IPT - Instituto de Pesquisas Tecnológicas, de São Paulo, as Universidades federais, estaduais ou municipais, ou a FUNAP - Fundação de Amparo ao Trabalhador Preso, de São Paulo.⁶²⁰

É possível ser questionado o entendimento de que o dispositivo em tela também poderia ser utilizado para a contratação direta de entidades integrantes da Administração indireta, uma vez que já existe o inc. VIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93⁶²¹ que permite a contratação de órgãos ou entidades da Administração Pública. Entretanto, concordamos com o doutrinador, no sentido da possibilidade da utilização do inc. XIII do art. 24 para entidades da Administração Pública, uma vez que o dispositivo exige, entre outras coisas, que a mesma seja sem fins lucrativos, sem qualquer restrição à natureza do ente.

Antonio Roque CITADINI não concorda com o dispositivo legal, pois entende que ele "traz péssima contribuição para o Estado brasileiro", uma vez que "cria reserva de mercado para algumas instituições".⁶²²

Note-se que o Tribunal de Contas da União (Decisão nº 346/99) entende que somente se comprovado o nexo entre as atividades mencionadas no dispositivo, a natureza da instituição e o objeto da contratação, será permitida a contratação direta.

XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

Edmir Netto de ARAÚJO aponta que o dispositivo é uma medida de apoio à

⁶¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, 2002, p. 253, 254, 256.

⁶¹⁹ Outro exemplo seria a contratação direta da Fundação Getúlio Vargas para a prestação de serviços de ensino.

⁶²⁰ ARAÚJO, Edmir Netto de. Obra citada, p. 530.

⁶²¹ "VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;"

⁶²² CITADINI, Antonio Roque. *Comentários e jurisprudência sobre a lei de licitações públicas*, 2ª edição. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 179.

assistência social preconizada pelo art. 203, inc. IV, da Constituição da República.⁶²³

O dispositivo contém uma imperfeição, ao tratar da possibilidade de contratação de fornecimento de mão-de-obra, uma vez que a Lei nº 8.666/93 é utilizada para a contratação de, entre outras coisas, prestação de serviços, e não fornecimento de mão-de-obra. Via de regra, a mão-de-obra a ser utilizada pela Administração deve ser contratada mediante a realização de concurso público (art. 37, inc. II, da Constituição).⁶²⁴

De qualquer forma, o dispositivo é importante para reforçar a possibilidade da contratação direta de entidades assistenciais que cuidam de portadores de deficiência.

Outra infelicidade do texto é a fixação apenas dos deficientes físicos, o que excluiria, numa interpretação literal, entidades que trabalham com deficientes mentais, como por exemplo as Associações de Pais e Amigos dos Excepcionais (APAEs). Marçal JUSTEN FILHO entende que o dispositivo é aplicável para entidades de portadores de deficiência em geral, e não apenas física, em face ao princípio da dignidade da pessoa humana, da isonomia, e do próprio art. 203, inc. IV, da Constituição. Posiciona-se ainda no sentido de que não apenas as associações, mas também as fundações podem ser contratadas por este dispositivo.⁶²⁵

XXIV – para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.

O dispositivo permite que as organizações sociais qualificadas e que tenham firmado contrato de gestão sejam contratadas diretamente pelo próprio ente qualificador. Assim, exemplificativamente, uma organização social qualificada pela União, e que tenha firmado contrato de gestão com a Administração Pública federal, pode ser contratada por dispensa de licitação pelo art. 24, inc. XXIV, apenas pela própria União. Assim como uma organização social municipal não pode ser contratada, conforme o dispositivo em tela, por algum Estado da Federação.

José Maria Pinheiro MADEIRA salienta que esta disposição legal “gera a

⁶²³ ARAÚJO, Edmir Netto de. Obra citada, p. 534.

⁶²⁴ Id., que alerta que a utilização desta faculdade é de duvidosa constitucionalidade, por burla ao princípio da exigibilidade de concurso público.

⁶²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, 2002, p. 260.

possibilidade de administradores desviarem recursos públicos, através de conluíus com organizações sociais”, mas informa que o Supremo Tribunal Federal (ADIn nº 1.923/DF – Relator Ministro Ilmar Galvão – sessão de 05.08.99) entendeu que a norma é compatível com a Constituição.⁶²⁶

Francisco de Assis ALVES alerta que “o contrato a ser celebrado, necessariamente, deverá ter por objeto a prestação de serviços referentes a uma atividade contemplada no contrato de gestão”.⁶²⁷ Portanto, o dispositivo legal não dispensa a licitação para a celebração dos contratos de gestão, mas apenas dos contratos advindos daqueles. Entretanto, em sentido contrário, Maria Nazaré Lins BARBOSA aduz que este dispositivo permite a dispensa de licitação para celebração do contrato de gestão.⁶²⁸

3.1.3. As parcerias público-privadas - PPPs

Note-se que quando tratamos de parcerias, termos de parceria, não podemos confundi-los com as parcerias público-privadas, chamadas de PPPs, implementadas no Brasil.

Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO ensina que as PPPs são acordos de programa onde a Administração Pública acorda com outra entidade a "constituição de uma relação jurídica de mútua cooperação ou colaboração, para a realização de uma atividade de interesse de todas, sob a coordenação de uma delas".⁶²⁹ A obra atualizada de Hely Lopes MEIRELLES traz uma definição de PPP: "é uma nova forma de participação do setor privado na implantação, melhoria e gestão da infraestrutura pública, principalmente nos setores de rodovias, ferrovias, hidrovias, portos, energia etc., como alternativa à falta de recursos estatais para investimentos nessas áreas".⁶³⁰

Nas PPPs o contratado particular presta o serviço, não assumindo totalmente o risco do empreendimento, pois há contribuição financeira do Poder Público.

⁶²⁶ MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração Pública centralizada e descentralizada*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000, p. 453.

⁶²⁷ ALVES, Francisco de Assis. Obra citada, 2000, p. 206.

⁶²⁸ BARBOSA, Maria Nazaré Lins. *Os termos de parceria como alternativa aos convênios - aspectos jurídicos*. In: SZAZI, Eduardo. Terceiro setor: temas polêmicos 1. São Paulo: Peirópolis, 2004, p. 30.

⁶²⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, obra citada, p. 190.

⁶³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Obra citada, 2005, p. 386.

Vários Estados já têm sua própria legislação de PPP, como São Paulo, Santa Catarina, Goiás e Minas Gerais. No âmbito nacional estas parcerias foram criadas pela Lei nº 11.079/2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública federal, estadual e municipal, direta e indireta.

A PPP não é uma nova espécie de acordo ou parceria. Nada mais é do que um contrato administrativo, nas seguintes modalidades:

a) **Concessão Patrocinada:** é uma concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987/95, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária da Administração Pública ao parceiro privado. Nela aplica-se subsidiariamente a legislação de concessões já existente.

b) **Concessão Administrativa:** é um contrato de prestação de serviços no qual a Administração Pública é usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento/installação de bens. Nesta caso, a remuneração é integral da Administração Pública. Sobre ela, Hely Lopes MEIRELLES entende que se destina, "ao que parece, a permitir a inserção do setor privado em serviços até agora pouco atrativos, como a construção e administração de presídios, hospitais, escolas e outros setores".⁶³¹ A concessão administrativa não é concessão de serviços públicos, mas apenas contratação de serviços, uma forma de (terceirização).

Saliente-se que a terceira modalidade de concessão seria as concessões de serviços públicos regida pela Lei nº 8.987/95, onde não é aplicada a Lei da PPP.

Note-se que é vedada a celebração de PPP em contratos com: (a) valor abaixo de R\$ 20.000.000,00; (b) prazo de vigência inferior a 5 anos; e (c) objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública. Aplicam-se adicionalmente os arts. 21, 23, 25 e 27-39 da Lei nº 8.987/95 e art. 31 da Lei nº 9.074/95 aos contratos de PPP.

Mesmo com a edição da Lei nº 11.079/2004, os demais contratos administrativos, como regra, continuam regidos pela Lei nº 8.666/93. Ressalte-se, ainda, que também como regra, as normas (regras e princípios) do Direito Administrativo são aplicáveis às PPPs.

Sobre os contratos de PPP, a eles é aplicado o art. 23 da Lei nº 8.987/95 e

⁶³¹ Id.

ainda algumas cláusulas como por exemplo: (a) prazo de vigência de 5 a 35 anos, incluindo prorrogações, suficiente para a amortização dos investimentos realizados; (b) penalidades aplicáveis aos parceiros; (c) repartição dos riscos entre as partes; (d) formas de remuneração e atualização dos valores contratuais; (e) prestação pelo contratado privado de garantias. É possível a previsão de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto. O valor do pagamento ao parceiro privado poderá ser variável, vinculado ao seu desempenho, conforme regras definidas no contrato de PPP. Antes de celebrar o contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria, não podendo, como regra, a Administração Pública ter a maioria do capital desta sociedade.

Sobre a licitação prévia à celebração da PPP, o certame será na modalidade concorrência, com os seguintes: (a) justificativa da utilização do contrato de PPP; (b) respeito à Lei Complementar nº 101/2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal e demais normas financeiras/orçamentárias; (c) submissão de minuta de edital e contrato à consulta pública; (d) atendimento à legislação ambiental; (e) autorização legislativa específica, no caso de concessão patrocinada em que mais de 70% da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública.

O edital poderá prever a exigência de garantia da proposta; o emprego de arbitragem - Lei nº 9.307/96; que a licitação será processada conforme a Lei nº 8.666/93 e Lei nº 8.987/95. Também é possível constar no instrumento convocatório: (a) existência de pré-qualificação de propostas técnicas; (b) critérios de julgamento: menor valor da tarifa; melhor proposta, com a combinação do critério "menor valor da tarifa" e "melhor técnica"; menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração; melhor proposta, com a combinação do "menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração" e "melhor técnica"; (c) além da fase de julgamento das propostas escritas, uma fase de lances (algo parecido com o pregão - uma "pregorrência"); e também que apenas os licitantes com propostas escritas com valores até 20% superiores ao valor da menor proposta poderá participar da fase de lances; (d) uma fase de saneamento; e (e) a inversão de fases de habilitação e julgamento, como ocorre no pregão.

Por fim, informamos que na Lei da PPP existem disposições aplicáveis apenas à União, como a previsão de órgão gestor de PPP federais, com representantes do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Ministério da

Fazenda e Casa Civil⁶³²; Fiscalização dos demais Ministérios, de cada área relativa ao contrato, Congresso Nacional, TCU, Agências Reguladoras; previsão de criação de um Fundo Garantidor de PPP - FGP, para garantir o pagamento das obrigações pecuniárias assumidas pela Administração Pública federal, que seria de natureza privada, criado, administrado, gerido e representado por instituição financeira controlada pela União; e que a União apenas poderá contratar PPP quando a soma de despesas de PPP já contratadas não exceder a 1% da sua receita (se exceder, também não poderá realizar transferência voluntárias aos estados e municípios).

Acreditamos que nem a concessão administrativa nem a concessão patrocinada foram criadas com o intuito de serem firmadas com entidades do "terceiro setor", pelos seus possíveis objetos e volume financeiro envolvido. Por isso não nos aprofundaremos sobre o tema.⁶³³

3.2. OS CONVÊNIOS

O termo "convênio" tem a mesma origem da palavra "convenção" e deriva do Latim *conveniri*.⁶³⁴ Em já consagrada conceituação, Hely Lopes MEIRELLES define convênios administrativos como "acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes."⁶³⁵

Tanto no contrato como no convênio há **acordo de vontades**, mas, enquanto que no **contrato** existem a) duas partes (podendo ter mais de dois signatários); b) partes com interesses diversos e opostos; e c) uma parte que pretende o objeto do ajuste (fornecimento, serviço, obra, etc), e a outra a contraprestação correspondente (o valor ou outra vantagem); no **convênio** a) o acordo não é contrato (não há vínculo contratual); b) não há partes, mas partícipes; c) há partícipes com as mesmas pretensões: interesses comuns e coincidentes (uma única posição jurídica, podendo existir diferenças na cooperação de cada um);

⁶³² O Decreto nº 5.385/2005 instituiu o Comitê Gestor de PPP.

⁶³³ Com relação às PPPs, ver SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁶³⁴ SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Convênios, consórcios administrativos, ajustes e outros instrumentos congêneres*. In: Jus Navigandi nº 20, out./1997. www.jus.com.br. Acesso em 18/01/2006.

⁶³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Obra citada, p. 392. Sobre o tema: VIOLIN, Tarso Cabral. *Peculiaridades dos Convênios Administrativos Firmados com as Entidades do Terceiro Setor*. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Prof. Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 486-509. Ver também AGUIAR, Ubiratan et al. *Convênios e tomadas de contas especiais*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

d) qualquer partícipe pode se retirar quando desejar, sem penalidades (só ficará responsável pelas obrigações e auferirá as vantagens do tempo em que participou voluntariamente do acordo); e) não há cláusula de permanência obrigatória; f) não há preço ou remuneração, mas apenas mútua cooperação (o que pode implicar repasse de verbas, de bens, recursos humanos, *know-how*); e g), não há sanções pela inadimplência.⁶³⁶

Note-se que os convênios podem ser firmados por pessoas de direito público ou privado, físicas ou jurídicas, desde que, é claro, um dos convenientes seja entidade pública, e não órgão. O convênio para gestão associada entre entes da Federação está previsto no art. 241 da Constituição, com a nova redação da Emenda Constitucional nº 19/98, sendo que já existia previsão nos arts. 71, inc. VI, e 199, § 1º.⁶³⁷

Há de se ressaltar que têm sido, equivocadamente, firmados convênios ao invés de contratos, com o simples intuito de fuga do procedimento licitatório, ou mesmo por desconhecimento das reais possibilidades de uso de cada instituto. Para ser evitada essa situação, o art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, determina que as minutas dos convênios sejam previamente examinadas e aprovadas pela assessoria jurídica da Administração.

Convênio, quando firmado com entidade privada, é uma atividade de **fomento**, onde, segundo Maria Sylvia DI PIETRO, “o Estado deixa a atividade na iniciativa privada e apenas incentiva o particular que queira desempenhá-la, por se tratar de atividade que traz algum benefício para a coletividade”⁶³⁸, numa atuação **subsidiária** do Estado (via auxílios financeiros, subvenções, financiamentos, favores fiscais, desapropriação por interesse social em favor de entidades privadas sem fins lucrativos). A autora ainda deixa claro que “o convênio não se presta à delegação de serviço público ao particular”.⁶³⁹

Toshio MUKAI alerta que “o objeto do convênio deve atender necessariamente a um interesse público, independentemente de haver outros interesses particulares em jogo. O que não pode consagrar é apenas interesses

⁶³⁶ Este último tópico, conforme Edmir Netto de ARAÚJO. Obra citada, p. 676. Note-se que os convênios são cooperações associativas e despersonalizados. Entretanto, é possível que, como no direito estrangeiro, seja criada uma pessoa jurídica para gerir o convênio.

⁶³⁷ A Constituição de 1967, em seu art. 13, § 3º, já fazia previsão dos convênios entre entes públicos, assim como o art. 10 do Decreto-Lei nº 200/67 e art. 83 do Código Tributário Nacional.

⁶³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, 2002, p. 192.

⁶³⁹ Ibid., p. 193.

particulares”.⁶⁴⁰

O art. 116 da Lei nº 8.666/93 estabelece que as disposições desta Lei aplicam-se, no que couber, aos convênios administrativos, assim como em outros instrumentos de mesma natureza (acordos, ajustes, etc). Sobre o tema, o Decreto nº 93.872/86 dispõe sobre os convênios federais nos arts. 48 a 57.⁶⁴¹

Exemplificativamente, entendemos que o § 3º do art. 57 da Lei nº 8.666/93, que veda o contrato com prazo de vigência indeterminada, também é aplicável aos convênios.⁶⁴² Entretanto, Diogenes GASPARINI opina pela possibilidade do convênio ser instituído sem prazo de duração.⁶⁴³ Além disso, o art. 55 da Lei nº 8.666/93, que trata sobre as cláusulas necessárias nos contratos administrativos, também é aplicado aos convênios (no que couber).

As exigências especificadas nos parágrafos do art. 116 são aplicadas aos convênios os quais estipularem repasse de recursos (regras financeiras). São elas:

a) Plano de Trabalho: a organização interessada em firmar o convênio deve apresentar plano de trabalho, que será aprovado pela Administração. Apenas após esse trâmite será possível celebrar o convênio. O Plano de Trabalho deverá conter, no mínimo, as seguintes informações: identificação do objeto; metas a serem atingidas; etapas de execução; plano de aplicação dos recursos financeiros; cronograma de desembolso; e previsão de início e fim da execução do objeto e da conclusão das etapas programadas. Se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, e se o custo total do empreendimento não recair sobre a Administração Pública, deve existir no Plano de Trabalho comprovação de que os recursos próprios estão assegurados por quem for executar o convênio.

b) Poder Legislativo: a Lei nº 8.666/93 determina que assinado o convênio, a Administração dará ciência à Assembléia Legislativa ou à Câmara Municipal

⁶⁴⁰ MUKAI, Toshio. *Direito administrativo sistematizado*, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 398.

⁶⁴¹ DI PIETRO entende que a redação do art. 116 da Lei nº 8.666/93 "não é muito feliz" porque dá a impressão de que somente se aplica a ajustes que tenham por objeto a realização de projetos, um resultado determinado, e não os serviços contínuos, o que ela não concorda, pois segundo seu entendimento os convênios também podem ter como objeto serviços contínuos. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, 2002, p. 193.

⁶⁴² No mesmo sentido MENDES, Renato. *Lei de licitações e contratos anotada*, 2ª ed. Curitiba, ZNT, 1997, p. 145, a qual fomos revisor.

⁶⁴³ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 402. Note-se que o convênio com repasse de verbas com previsão de liberação de recursos em mais de um exercício financeiro, deve ser verificado se estes recursos estão consignados no Plano Plurianual ou em prévia lei que o autorize, nos termos do art. 7º, XVI, da IN nº 1/97 e art. 31 do Decreto nº 93.872/86, conforme MORAIS, Dalton Santos. *Temas de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: NDJ, 2005, p. 196.

respectiva. Lembramos que o Supremo Tribunal Federal entende que é inconstitucional a norma que exige autorização legislativa específica para que os convênios sejam firmados, por ferir a independência entre os Poderes.⁶⁴⁴ A partir da Lei nº 8.666/93, é exigida apenas a comunicação após a celebração.⁶⁴⁵

c) Plano de Aplicação: as parcelas do convênio deverão ser liberadas nos exatos termos do plano de aplicação⁶⁴⁶, exceto nos casos fixados na Lei nº 8.666/93, quando as parcelas ficarão retidas até o saneamento das seguintes improbidades: não comprovação da boa e regular aplicação da parcela já recebida; descumprimento do convênio ou de normas pelo executor; e não adoção de medidas saneadoras apontadas pelo repassador ou controlador.

d) Saldos do convênio: os valores não utilizados devem ser devidamente aplicados pelo executante. As receitas dessa aplicação serão computadas a crédito do convênio e aplicadas ao seu objeto, e constará no demonstrativo que integrará a prestação de contas.

e) Extinção do convênio: na conclusão, denúncia, rescisão ou extinção do acordo, os saldos financeiros remanescentes (inclusive os provenientes das aplicações) serão devolvidos em 30 dias, sob pena de instauração de tomada de contas especial.

Toshio MUKAI aduz que “é necessário demonstrar que todo o valor repassado foi utilizado na consecução daquele resultado”. Assim, o dinheiro repassado mantém a natureza de dinheiro público. O executor do convênio administra dinheiro público e, portanto, presta contas ao repassador e ao Tribunal de Contas (art. 70, parágrafo único, da CF).⁶⁴⁷

⁶⁴⁴ STF, ADIn 1.166-9, DJU 13.11.2002. Hely Lopes MEIRELLES entende que essa exigência é constitucional, uma vez que os convênios “são sempre atos gravosos que extravasam dos poderes normais do administrador público”. MEIRELLES, Hely Lopes. Obra citada, p. 387.

⁶⁴⁵ Sobre esta exigência, DI PIETRO entende que este dispositivo parece ter sido feito apenas para as verbas repassadas pela União aos Estados e Municípios. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, 2002, p. 193.

⁶⁴⁶ Dalton Santos MORAIS informa que o Superior Tribunal de Justiça (HC nº 20.911-PR) posicionou-se no sentido de que gastos em desconformidade com o convênio é crime, mesmo que em quantias mínimas, conforme o art. 41 do CPP. MORAIS, Dalton Santos. *Temas de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: NDJ, 2005, p. 193.

⁶⁴⁷ MUKAI, Toshio. *Direito administrativo sistematizado*, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 402. No mesmo sentido Sílvia Luís Ferreira da ROCHA: “No convênio o valor pago pela Administração não corresponde a contraprestação, mas sim a auxílio, incentivo, fomento à atividade considerada socialmente relevante. Daí por que o valor repassado fica vinculado ao objeto do convênio durante toda sua execução, de modo que o executor deve comprovar a aplicação dos recursos conforme os objetivos estipulados, não bastando demonstrar o resultado final obtido. E daí por que o executor do convênio é visto como um administrador de dinheiro público, obrigado a prestar contas ao ente repassador, como também ao Tribunal de Contas”. ROCHA, Sílvia Luís Ferreira da. Obra citada, p. 55. A mesma opinião tem DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, 2002, p. 194.

Sobre convênios, informamos ainda que a Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional nº 01/97 (e alterações posteriores), que disciplina a celebração de convênios de natureza financeira firmados pela Administração Pública federal (e portanto, não aplicável aos convênios firmados pela Administração estadual e municipal),⁶⁴⁸ regulamenta algumas questões, como por exemplo:

a) proíbe a destinação de recursos às instituições privadas com fins lucrativos (art. 5º, inc. II);

b) veda a realização de despesas a título de taxa de administração (art. 8º, inc. I);⁶⁴⁹

c) exige que as entidades privadas, quando da execução e despesas com recursos transferidos, sujeitem-se às regras da Lei nº 8.666/93, inclusive com relação à licitação e contrato, podendo ser utilizada a modalidade pregão, nos termos da Lei nº 10.520/2002 (conforme o art. 27 da IN nº 01/97, alterado pela IN nº 03/2003, nos termos da Decisão nº 1.070/2003 do Tribunal de Contas da União).⁶⁵⁰ Note-se que anteriormente à esta Decisão do TCU, Angela Cassia COSTALDELLO já se posicionava pela necessidade de licitação prévia aos gastos realizados pelas entidades privadas que lidassem com dinheiro público.⁶⁵¹

Apontamos uma exigência fixada na Lei nº 8.742/93 - Lei Orgânica da Assistência Social, art. 10, pouco atendida pela Administração Pública. Impõe-se que a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, antes de firmarem convênios com entidades e organizações de assistência social, devem ter o planos de trabalho aprovados pelos respectivos Conselhos de Assistência Social.

Informamos que outra decisão do TCU, nº 353/2005⁶⁵², no mesmo sentido da acima citada, recomendou à Presidência da República que regulamentasse o art. 116 da Lei nº 8.666/93, estabelecendo que as disposições da Lei de Licitações devem ser seguidas pelo particular partícipe do convênio, ou outro instrumento

⁶⁴⁸ Essa norma não é aplicável quando não existir transferência de recursos entre os partícipes.

⁶⁴⁹ Jorge Ulisses Jacoby FERNANDES aduz que os signatários de convênios, que não são partes, não cobram taxa ou remuneração entre si. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Convênios administrativos*. In: Revista Zênite Informativo de Licitações e Contratos Administrativos - ILC nº 99, maio/2002, p. 344.

⁶⁵⁰ Plenário, Ministro Relator Ubiratan AGUIAR, item 9.2.

⁶⁵¹ COSTALDELLO, Angela Cassia. *Entidades privadas que recebem recursos públicos: necessidade de licitar*. In: Revista Zênite Informativo de Licitações e Contratos Administrativos nº 82, dez/2000, p. 988.

⁶⁵² Plenário, Ministro Relator Walton Alencar RODRIGUES, item 9.3.

congênere, das hipóteses em que tenha sob sua guarda recursos públicos. Para Carlos Pinto Coelho MOTTA, este acórdão e seus precedentes “constituíram certamente fatores intervenientes e mesmo motivadores no contexto da formalização do Dec. nº 5.504/05”.⁶⁵³

O Decreto nº 5.504/2005 estabelece, entre outras coisas:

a) a exigência de que os convênios, consórcios e instrumentos congêneres que envolvam repasse voluntário de recursos da União deverão conter cláusula que determine que as contratações a serem realizadas por entes públicos e privados, com recursos ou bens repassados voluntariamente pela União, sejam contratados mediante processo de licitação pública, nos termos da Lei nº 8.666/93;

b) a exigência de utilização do pregão, preferencialmente eletrônico, nos termos da Lei nº 10.520/2002 e Decreto nº 5.450/2005, para as contratações de bens e serviços comuns na situação supra mencionada;

c) a possibilidade de dispensa ou inexigibilidade de licitação, sendo que a ratificação será procedida pela instância máxima das entidades sem fins lucrativos;

d) aplicação destas regulamentações também às organizações sociais e OSCIPs, relativamente aos recursos por elas administrados oriundos de repasses da União, em face dos respectivos contratos de gestão ou termos de parcerias.

Por fim, ainda sobre convênios, com o intuito de utilizar uma Constituição Estadual como exemplo, saliente-se que a Constituição do Estado do Paraná de 1989 (art. 14) autoriza expressamente o Estado a celebrar convênios com entidades de direito público ou privado. A Carta Magna estadual (art. 54, inc. XXI) ainda determina que a Assembléia Legislativa deve autorizar previamente a celebração de convênios por parte do Governo do Estado com entidades de direito público ou privado, mas o STF entendeu ser essa disposição inconstitucional (ADIn 342-9).⁶⁵⁴

Não analisaremos, neste estudo, a figura dos consórcios administrativos. Apenas informamos que a doutrina tradicional define consórcios administrativos como convênios firmados entre duas ou mais entidades públicas, como por exemplo

⁶⁵³ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Novas práticas sobre pregão eletrônico: Decretos nº 5.450/05 e 5.504/05*. In: Boletim de Licitações e Contratos nº 12. São Paulo: NDJ, dezembro/2005, p. 835.

⁶⁵⁴ Hely Lopes MEIRELLES informa as seguintes decisões do STF sobre o tema: ADIn 1.166-9, DJU 13.11.2002; RTJ 94/995, 115/597; RDA 140/63, 161/169; RT 599/222, posicionando-se contrário: “*Data venia*, não nos parece que ocorra essa inconstitucionalidade, porque o convênio e o consórcio são sempre atos gravosos que extravasam dos poderes normais do administrador público e, por isso, dependem da aquiescência do Legislativo”. MEIRELLES, Hely Lopes. Obra citada, p. 394. O art. 87, inc. XVII, ainda determina que é o Governador que celebra e autoriza convênios.

os consórcios intermunicipais, sendo que recentemente foi ditada a Lei nº 11.107/2005, que dispõe sobre as normas gerais de contratação de consórcios públicos, a serem firmados entre a União, os Estados e os Municípios.⁶⁵⁵

3.2.1. A natureza jurídica dos convênios

Muito se discute se convênio é ou não contrato. O Supremo Tribunal Federal,⁶⁵⁶ o Tribunal de Contas da União,⁶⁵⁷ e doutrinadores como Hely Lopes MEIRELLES, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, Diogenes GASPARINI, José dos Santos CARVALHO FILHO, Edmir Netto de ARAÚJO e Francisco de Assis ALVES,⁶⁵⁸ entendem que convênio é acordo mas não é contrato.⁶⁵⁹ No mesmo sentido Luiz Alberto BLANCHET: "convênios têm natureza jurídica diferente dos contratos. Apresentam traços bastante distintos, não se lhes aplicando toda e qualquer norma pertinente à espécie contrato".⁶⁶⁰ Entretanto, por mais que esta posição seja majoritária, ela não é unânime.

Em três momentos verificamos que o autor Marçal JUSTEN FILHO trata sobre os convênios. Em texto sobre contratos o autor entende que o convênio é

⁶⁵⁵ Estes consórcios não seriam pessoas jurídicas, podendo ser criada uma entidade pública para gerir este consórcio. Sobre o tema, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, 2002, p. 195, MEIRELLES, Hely Lopes. Obra citada, p. 395. Com a Lei nº 11.107/2005, o consórcio constituirá uma associação pública (pessoa jurídica de direito público), ou pessoa jurídica de direito privado (que mesmo assim terá que realizar licitação, concurso público, etc). Essa pessoa jurídica poderá firmar contratos (inclusive de concessão e permissão de serviços públicos), convênios, receber auxílios, etc. Antes de firmar o consórcio deverá assinar um protocolo de intenções. O contrato de consórcio público será celebrado com a ratificação, mediante lei, do protocolo de intenções. Foi incluído no art. 24 da Lei nº 8.666/93 o inc. XXVI, que prevê a dispensa de licitação para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos de contrato de consórcio público. Estas pessoas jurídicas terão empregados públicos (celetistas), e não servidores estatutários.

⁶⁵⁶ RE 119.256-9, São Paulo, Acórdão de 14 de abril de 1992, Relator Ministro Moreira ALVES, Revista Trimestral de Jurisprudência nº 141, p. 619. O STF decidiu que os convênio administrativos são acordos de vontades, mas precários, e seus beneficiários não tem direito à sua manutenção, e ele sendo denunciado não se fala em direito adquirido. Portanto, não são contratos administrativos.

⁶⁵⁷ 001.582-5, DOU 18/8/85, como informa COELHO MOTTA, Carlos Pinto. *Eficácia nas licitações e contratos*, 8ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 340.

⁶⁵⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Obra citada, p. 393. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, 2002, p. 189. GASPARINI, Diogenes. Obra citada, p. 399. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Obra citada, p. 184. ARAÚJO, Edmir Netto de. Obra citada, p. 676. ALVES, Francisco de Assis. Obra citada, 2000, p. 139.

⁶⁵⁹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNANDEZ, baseados na legislação espanhola, diferenciam os contratos administrativos em sentido estrito, os contratos de direito privado e os "acordos", sendo estes últimos figuras semelhantes aos nossos convênios GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: RT, 1990, p. 590.

⁶⁶⁰ BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso de Direito Administrativo*, 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2004, p. 168.

contrato plurilateral.⁶⁶¹ Em seu curso sobre licitações, Marçal JUSTEN FILHO não chega a afirmar que os convênios administrativos têm natureza contratual, mas tece uma relação entre os contratos **comutativos**⁶⁶² ou **distributivos** da teoria geral do direito, onde há interesses contrapostos, dos de natureza **cooperativa ou organizacional**, onde há aproveitamento conjunto e simultâneo de bens e recursos humanos, com objetivo comum (ex: contratos societários). Segundo o autor, os contratos administrativos seriam comutativos ou distributivos.⁶⁶³ Em seu curso de Direito Administrativo, o autor deixa clara sua posição de que com relação à classificação quanto ao fim imediato, os contratos administrativos podem ser comutativos (contraposição de interesses) ou contratos de **organização, cooperativos** ou de **colaboração**, citando como exemplos os contrato de sociedade, consórcio, concessão de venda comercial, franquia, no direito privado, e o **convênio** e concessão de serviços públicos na área do direito público. Ou seja, "rigorosamente, a categoria do contrato administrativo abrange inclusive a figura do convênio", acordo onde há "ausência de interesse especulativo de todas as partes" e "não produz benefícios ou vantagens econômicas para nenhuma das partes".⁶⁶⁴

Sílvio Luís Ferreira da ROCHA entende que é um erro a distinção entre convênio e contrato na questão da diversidade de interesses, invocando os contratos associativos. "Não haveria diferença entre eles quanto à natureza, mas sim apenas quanto ao conteúdo", e que **a diferença estaria apenas na inexistência de cláusulas exorbitantes nos convênios**. Por fim o autor conclui que ao lado do critério distintivo das cláusulas exorbitantes, "deve ser agregado o critério da real diversidade de regime jurídico aplicável ao contrato administrativo se comparado com o regime jurídico aplicável ao convênio", na questão da estabilidade do vínculo e do valor como contraprestação nos contratos e como fomento nos convênios.⁶⁶⁵

Já Toshio MUKAI discorda da equiparação dos convênios com os contratos

⁶⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Contratos entre órgãos e entidades públicas*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, Malheiros, vol. 15, 1996, p. 74-84, apud OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Obra citada, p. 455.

⁶⁶² Romeu Felipe BACELLAR FILHO informa que um dos seis elementos dos contratos administrativos é que eles são comutativos, ou seja, estabelecem obrigações e direitos recíprocos, bem como sanções para o caso do seu inadimplemento. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Obra citada, p. 113.

⁶⁶³ JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, 2002, p. 606.

⁶⁶⁴ O autor cita Tullio ASCARELLI como o grande teorizador dessa categoria, que a denominou de contrato plurilateral. JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, 2005, p. 284-286.

⁶⁶⁵ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Obra citada, p. 52-55.

cooperativos do direito privado, nos quais “embora os interesses sejam opostos, chegam a configurar **verdadeira composição** no sentido de fazer emergir a vontade contratual, tanto que surge a vontade societária”, enquanto que nos convênios “não há a composição de vontades; há simples cooperação”, onde “os partícipes continuarão a realizar seus próprios objetivos sociais, não de uma nova pessoa jurídica, que de fato não surge”.⁶⁶⁶ Além de no convênio existirem interesses recíprocos, segundo o autor esses interesses recíprocos não se compõem, não formam um terceiro interesse, como nos contratos de sociedade.

Odete MEDAUAR entende que os consensos, acordos, cooperações e parcerias entre a Administração Pública e particulares “incluem-se numa figura contratual, num módulo contratual” e que “a dificuldade de fixar diferenças entre contrato e convênio parece levar a concluir que são figuras da mesma natureza, pertencentes à mesma categoria, a contratual”.⁶⁶⁷

Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO aduz que “o convênio é o **ato administrativo complexo** em que uma entidade pública acorda com outra ou com outras entidades, públicas ou privadas, o desempenho conjunto, por cooperação ou por colaboração, de uma atividade de competência da primeira”.⁶⁶⁸

Marcos Juruena Villela SOUTO entende que o convênio é ato multilateral de parceria, e não ato complexo. Para o autor, o art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, define que os convênios e demais acordos são contratos, na linha europeia que não diferencia os institutos. Ele não concorda com esta definição legal, defendendo que contrato e convênio não têm o mesmo regime jurídico, e ainda aduz que a Constituição também faz esta diferenciação.⁶⁶⁹ Não pactuamos com a posição

⁶⁶⁶ MUKAI, Toshio. *Direito administrativo sistematizado*, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 399. Edmir Netto de ARAÚJO entende que nos contratos as vontades opostas se compõem formando uma nova vontade, a contratual, enquanto que nos convênios as vontades não são opostas, são somadas, e não dão origem a uma terceira. ARAÚJO, Edmir Netto de. Obra citada, p. 676.

⁶⁶⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, 9ª edição. São Paulo: RT, 2005, p. 264, 265, 267. No mesmo sentido, Amílcar MOTTA *apud* SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Licitações & contratos administrativos*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 1998, p. 359).

⁶⁶⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Obra citada, p. 189. Petrônio BRAZ informa que têm a mesma posição Cretela Júnior, Vitor Nunes Leal, Rui Cirne Lima, Léon Duguit, Gaston Jéze, Bielsa e Jellinek. BRAZ, Petrônio. *Manual de Direito Administrativo*. Leme: Editora de Direito, 1999, p. 194. Informamos que Edmir Netto de ARAÚJO também concorda, neste ponto, com MOREIRA NETO. ARAÚJO, Edmir Netto de. Obra citada, p. 676. Ato administrativo complexo é aquele resultante de manifestação de dois ou mais órgãos/entidades, para formar um ato único (difere do ato simples, um único órgão/entidade, e ato composto, dois ou mais órgãos/entidades, com emissão de um ato principal e outro acessório).

⁶⁶⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Gestão alternativa de serviços públicos*. In: Revista de Direito Administrativo nº 219. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 2000, p. 195 e SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização - privatização, concessões e terceirizações*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 339.

do autor quando ele informa que a Lei nº 8.666/93, art. 2º, parágrafo único, iguala os contratos com convênios e demais ajustes, pois o dispositivo apenas define, mesmo que com deficiências, o que sejam contratos administrativos, sem citar os convênios e demais acordos.

Como pode-se verificar, a doutrina está longe de ter um pensamento unânime sobre a natureza do convênio. Concordamos com os posicionamentos que definem naturezas diferentes para os convênios e contratos, pela falta de semelhança dos objetivos e demais características dos dois institutos.

A própria Lei nº 8.666/93, em seu art. 116, aduz que se aplicarão aos convênios, apenas **no que couber**, os dispositivos da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, deixando claro, segundo nosso entendimento, a diferença de natureza de contratos e convênios.

3.2.2. Necessidade ou não de licitação para celebração de convênios

Outro ponto muito discutido pelos doutrinadores é o que trata da necessidade ou não de licitação prévia à assinatura dos convênios administrativos.

Marçal JUSTEN FILHO, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, José dos Santos CARVALHO FILHO, Toshio MUKAI, Marcos Juruena Villela SOUTO, Pedro DURÃO e Dalton Santos MORAIS entendem que para a celebração de convênios **não é necessária a licitação**.⁶⁷⁰ Odete MEDAUAR, sobre o tema, alerta o seguinte:

No tocante aos convênios entre órgãos e entes estatais e **entidades particulares**, o que, sobretudo, fundamenta a desobrigação de licitação é a **especificidade do objeto e da finalidade**. No entanto, se a Administração pretender realizar convênio para resultado e finalidade que **poderão ser alcançados por muitos**, deverá ser **realizada licitação** ou se abrir a possibilidade de **conveniar sem limitação**, atendidas as condições fixadas genericamente; se assim não for, haverá **ensejo para burla**, acobertada pela acepção muito ampla que se queira dar aos convênios. Alguns casos ocorrem na prática, nos quais, a título de convênio, **obras são contratadas sem licitação e pessoas são investidas em funções e empregos públicos sem concurso ou seleção**. (Grifo nosso.)⁶⁷¹

⁶⁷⁰ "Não é exigível a licitação quando a avença apresentar natureza de convênio, em que se conjugam esforços de diversas entidades administrativas para a satisfação de necessidades de interesse comum. Se diversos entes federativos resolvem atuar de modo conjunto para obter resultados comuns, não há obrigatoriedade de licitação, já que existe a pactuação de vínculos jurídicos com a iniciativa privada". JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, 2005, p. 315. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, 2002, p. 194. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Obra citada, p. 185. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Licitações & contratos administrativos*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 1998, p. 362. DURÃO, Pedro. *Convênios & consórcios administrativos*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 92. MORAIS, Dalton Santos. *Temas de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: NDJ, 2005, p. 191.

⁶⁷¹ MEDAUAR, Odete. Obra citada, p. 268.

Leon Frejda SZKLAROWSKY entende que para os convênios aplicam-se as mesmas regras que para os contratos. A regra é a licitação, a não ser nos casos de dispensa ou inexigibilidade.⁶⁷²

Antonio Roque CITADINI ainda aduz que “os convênios, quando firmados entre órgãos públicos e entidades particulares obedecerão às normas aqui previstas (art. 116 da Lei nº 8.666/93), acrescidas de que sua inicial pactuação deverá obedecer aos **princípios gerais** da contratação pública, em especial os de impessoalidade, igualdade dos particulares perante a Administração Pública e probidade administrativa, sem os quais o convênio não poderá ser realizado”.⁶⁷³

Edmir Netto de ARAÚJO entende que “a celebração desses ajustes se dá após a realização de procedimento administrativo, em que se focalizam aspectos técnicos, financeiros (principalmente de alocação e destinação de recursos) e mesmo administrativos e jurídicos”.⁶⁷⁴ No mesmo sentido Maria Nazaré Lins BARBOSA, que opina pela necessidade de haver critérios objetivos de seleção das entidades conveniada, pautada na isonomia, sem necessariamente a realização de licitação e; nos casos de inexigibilidade, o atendimento do art. 26 da Lei nº 8.666/93 (razão da escolha e justificativa do preço).⁶⁷⁵

Por entendermos que realmente convênio e contrato são institutos diversos, também nos posicionamos no sentido que para se firmar convênios não é obrigatória a realização de licitação prévia. Entretanto, algumas análises são necessárias. Em primeiro lugar, apenas os convênios nos termos acima tratados podem ser assim denominados e, é claro, apenas nesses acordos existiria a desobrigação de licitar. Os acordos chamados de convênios mas que na realidade são contratos estariam adstritos a todas as normas relativas aos contratos.⁶⁷⁶

Além disso, concordamos que existindo mais de um interessado em situação de igualdade, com interesse em firmar convênio com a Administração Pública, não poderá o administrador, sem qualquer motivação, escolher sua entidade “preferida”. Nessa situação, para o melhor atendimento do interesse

⁶⁷² SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Convênios, consórcios administrativos, ajustes e outros instrumentos congêneres*. In: Jus Navigandi nº 20, out./1997. www.jus.com.br. Acesso em 18/01/2006.

⁶⁷³ CITADINI, Antonio Roque. Obra citada, p. 467.

⁶⁷⁴ ARAÚJO, Edmir Netto de. Obra citada, p. 677.

⁶⁷⁵ BARBOSA, Maria Nazaré Lins. *A experiência dos termos de parceria entre o Poder Público e as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs)*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 505.

⁶⁷⁶ Neste sentido, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, 2002, p. 195.

público e princípios como o da moralidade, isonomia, publicidade, a Administração está vinculada a realizar **processo de escolha**, com divulgação da intenção de firmar o convênio, e seleção por meio de critérios pré-definidos.

Maria Nazaré Lins BARBOSA salienta que em que pesem as divergências doutrinárias sobre o tema, "na prática celebram-se convênios de natureza financeira sem prévia licitação". Ela defende a existência de critérios objetivos para a escolha de entidade conveniada quando houver mais de uma, mas informa que "não há tal seleção, e os critérios são em muitos casos 'políticos'".⁶⁷⁷

Concluimos que não é necessária a realização de licitação prévia aos convênios, quando estes forem realmente convênios,⁶⁷⁸ devendo ser realizado procedimento de seleção, respeitados os princípios aplicáveis à Administração Pública como o da isonomia, publicidade, moralidade, quando várias entidades, em situação de igualdade, forem interessadas em conveniar com o Poder Público.

3.3. OS CONTRATOS DE GESTÃO

3.3.1. Histórico dos contratos de gestão

Os contratos de gestão surgiram na França, nos contratos de programa, contratos de empresa, contratos de plano e contratos de objetivos, com o propósito de controle da gestão do setor público.⁶⁷⁹ Entretanto, "o Brasil, irrefletidamente, incorporou de bom grado a 'novidade' oriunda do Exterior e introduziu em nosso ordenamento jurídico o contrato de gestão entre órgãos integrantes do aparelho administrativo do Estado", pelo Decreto nº 137/91 emitido pelo Governo COLLOR DE MELLO, que liberava as empresas estatais de alguns controles prévios e fazia a

⁶⁷⁷ A autora ainda informa que no município de São Paulo existe a Lei nº 13.153/2001, que dispõe sobre os convênios na área de assistência social, e determina, entre outras coisas, a igualdade de oportunidades e de democratização da relação através de processo público, divulgações de intenção na imprensa oficial e realização de audiências públicas. BARBOSA, Maria Nazaré Lins. *Os termos de parceria como alternativa aos convênios - aspectos jurídicos*. In: SZAZI, Eduardo. Terceiro setor: temas polêmicos 1. São Paulo: Peirópolis, 2004, p. 29-30.

⁶⁷⁸ Francisco de Assis ALVES justifica seu entendimento pela obrigatoriedade de licitação nos convênios (logo após defender que neles não se cogita licitação), uma vez que muitas vezes firma-se convênios ao invés de contratos de prestação de serviços. ALVES, Francisco de Assis. Obra citada, 2000, p. 140, 142. Entendemos que este argumento não redunde na obrigação da licitação. Nos termos aqui tratados, se o acordo a ser firmado for realmente um convênio, um processo de escolha seria suficiente. Entretanto, caracterizado o contrato (mesmo que a Administração o denomine como convênio), a regra é a realização de licitação, a não ser nos casos de contratação direta.

⁶⁷⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, 2002, p. 200.

primeira menção ao contrato de gestão.⁶⁸⁰

Sílvio Luís Ferreira da ROCHA alerta que com o contrato de gestão “a relação entre o núcleo estratégico do Estado e os demais setores deixa de ser disciplinada pela lei, na qual impera uma relação de mando, de subordinação, e passa a ser disciplinada pelo contrato, no qual impera uma relação de coordenação, de cooperação”, o que o autor chama de “contratualização das relações”,⁶⁸¹ cabendo a este tipo de acordo o papel de “substituir o sistema de controle baseado no princípio da legalidade e na supremacia do interesse público sobre o privado pelo controle baseado no princípio da consensualidade, na cooperação, no qual as metas são negociadas e preestabelecidas pelas partes”. O autor ainda entende que o contrato de gestão, da administração pública gerencial, introduzida pela Reforma do Estado, “apresentado como a solução de todos os males da Administração Pública, ignorou os mecanismos jurídicos à disposição da Administração e que, a nosso ver, são melhores do que a solução proposta”, que “o poder hierárquico foi ignorado pelos idealizadores da Reforma Administrativa”, os quais “recorreram à figura do contrato de gestão entre os órgãos, como se já não bastasse o poder hierárquico existente na desconcentração”.⁶⁸²

Antes da Emenda Constitucional nº 19/98, os contratos de gestão eram considerados inconstitucionais.⁶⁸³ Entretanto, com a Emenda foi introduzido o § 8º no art. 37 da Constituição da República:

§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

I - o prazo de duração do contrato;

II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III - a remuneração do pessoal.

Marçal JUSTEN FILHO explana que a interpretação literal do dispositivo

⁶⁸⁰ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Obra citada, p. 39-41. Foram firmados contratos de gestão, inicialmente, com empresas estatais como a Cia. Vale do Rio Doce e Petrobrás, sendo questionada pelo Tribunal de Contas da União a dispensa de alguns controles prévios dos atos destas empresas. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, 2002, p. 41, 204-207. Foi editada, ainda, a Lei nº 8.246/91, que instituiu o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais, que autorizou o Poder Executivo a firmar contratos de gestão.

⁶⁸¹ DI PIETRO chama de “contratualização do controle”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, 2002, p. 202.

⁶⁸² ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Obra citada, p. 37, 38, 43, 45.

⁶⁸³ Conforme DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, 2002, p. 41.

acarreta inconstitucionalidade do mesmo, merecendo uma interpretação conforme,⁶⁸⁴ pela impossibilidade de ampliação de competências via contrato, entendendo que o contrato de gestão não tem natureza contratual, mas consensual.⁶⁸⁵

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO entende que o dispositivo, mesmo que não o mencione, permite que o contrato de gestão seja firmado com entidades da Administração indireta e também entre órgãos sem personalidade jurídica, para ampliação da autonomia e controle de resultados em função das metas estabelecidas.

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO critica o contrato de gestão entre órgãos e entende que o texto do § 8º do art. 37 da Constituição "haverá de ser considerado como não escrito e tido como um momento de supina infelicidade em nossa história jurídica, pela vergonha que atrai sobre nossa cultura".⁶⁸⁶ Sílvia Luís Ferreira da ROCHA compartilha do entendimento de seu orientador sobre a inviabilidade de contratos de gestão entre órgãos. Com relação ao contrato de gestão entre Administração direta e entidades da Administração indireta (por exemplo de agências executivas), caso de descentralização e não desconcentração, onde ocorre o poder de controle, e não, como regra, o poder hierárquico, "não há garantias de que a frouxidão dos meios de controle resultará numa maior eficiência da Administração", sendo o aumento da eficiência em troca de maior autonomia "é absolutamente desnecessária", bastando exercer adequadamente o poder de controle da Administração direta.⁶⁸⁷

Os contratos de gestão a serem firmados entre órgãos da Administração

⁶⁸⁴ Para Luís Roberto BARROSO uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando a invalidade não seja manifesta e inequívoca, existindo dúvida em favor de sua manutenção (matriz no direito norte-americano); e quando entre várias interpretações possíveis, exista alguma que permita compatibilizar a norma com a Constituição. Esta abriga a interpretação conforme a Constituição (matriz no Tribunal Constitucional Federal alemão). BARROSO decompõe o processo de interpretação conforme a Constituição nos seguintes elementos: 1. Escolha de uma interpretação da norma que a harmonize com a Constituição, em meio a outras que o preceito admita. 2. Busca um sentido possível para a norma, que não o que resulta da literalidade. 3. Além da eleição de uma interpretação, a exclusão de outras que conduziram a um contraste com a Constituição. 4. Não é mero preceito hermenêutico, mas também um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma. Nessa interpretação o órgão jurisdicional declara qual das possíveis interpretações de uma norma se revela compatível com a Constituição, sempre que um preceito infraconstitucional comportar diversas possibilidades de interpretação, sendo qualquer delas incompatível com a Constituição, permanecendo o texto legal íntegro, mas sua aplicação fica restrita ao sentido declarado pelo tribunal. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 174-181.

⁶⁸⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, 2005, p. 472-474.

⁶⁸⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Obra citada, 2005, p. 219.

⁶⁸⁷ ROCHA, Sílvia Luís Ferreira da. Obra citada, p. 47-49.

direta ou entre o Poder Público e entidades da Administração indireta não serão objeto da análise neste trabalho. Estes são os chamados contratos de gestão internos ou endógenos. Abordaremos sobre o contrato de gestão pactuado entre o Estado e as organizações sociais⁶⁸⁸ (externos ou exógenos), por “ser o instrumento para o fornecimento de recursos públicos a estas entidades, pode ser também um eficiente meio de controle da aplicação desses recursos públicos”.⁶⁸⁹

3.3.2. Os contratos de gestão firmados pelas organizações sociais no Brasil

O contrato de gestão previsto na Constituição, via Emenda Constitucional nº 19/98, é diverso dos firmados com as organizações sociais. No Brasil o contrato de gestão entre a Administração Pública federal e as organizações sociais é regulado pela Lei nº 9.637/98, que o define como “o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades”.

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO critica esta definição:

A definição em apreço, de um lado, é **lamentável** do ponto de vista técnico, pois começa por qualificar tal contrato como um ‘**instrumento**’. Ora, qualquer pessoa com rudimentos de Direito sabe que contrato não é o instrumento no qual está vertido. Este último é apenas o **meio** por via do qual se externa o contrato. De outro, é altamente **imprecisa**, pois não esclarece o que deverá ser entendido por “**parceria**”, **expressão extremamente vaga** e que serve para abranger **quaisquer formas de colaboração** entre o Poder Público e terceiro na realização de algum empreendimento.⁶⁹⁰ (Grifo nosso.)

Qualificada a entidade como organização social, esta poderá firmar **contrato de gestão** com o Poder Público qualificador, de comum acordo, para a formação de parceria para fomento e execução das atividades de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

Para o cumprimento do contrato de gestão, poderão ser repassados à organização social recursos orçamentários e bens públicos. Estes bens públicos, segundo o art. 11, § 3º, da Lei nº 9.637/98, serão repassados à entidade qualificada

⁶⁸⁸ Os quais também podem ser firmados com certos serviços sociais autônomos, e entidades sem fins lucrativos previstas na Lei nº 10.881/2004.

⁶⁸⁹ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Obra citada, p. 50. A diferenciação entre contratos de gestão internos ou endógenos e externos ou exógenos é realizada por OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Obra citada, p. 480.

⁶⁹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Obra citada, 2005, p. 210.

por dispensa de licitação, mediante permissão de uso, conforme cláusula do contrato de gestão.

Francisco de Assis ALVES entende que “essa hipótese de dispensa de licitação (...) poderá ensejar conflito com o disposto no art. 2º da Lei nº 8.666/93, que dita como regra, ser a permissão de uso de bem público sujeita a certame licitatório, salvo nos casos de dispensa ou inexigibilidade, previstos, respectivamente, nos arts. 24 e 25 desta mesma lei. E nas exceções previstas nesses dispositivos não está a dispensa a que se refere a Lei Federal nº 9.637/98”.⁶⁹¹ Não concordamos com a explanação supra, uma vez que é possível legislação federal posterior e mais específica indicar novos casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação. O questionamento possível de ser realizado com relação ao dispositivo legal em comento é a permissão que uma entidade seja qualificada como organização social e firme contrato de gestão com o Estado **sem a realização de qualquer tipo de procedimento de escolha** e, ainda, **receba bens públicos** para a execução de suas atividades.

Além disso, o Poder Executivo Federal ainda poderá **ceder servidores** para as organizações sociais, com ônus para os cofres públicos. Egon Bockmann MOREIRA esclarece que tem “gerado sérias dúvidas quanto à constitucionalidade de tais ‘transferências’ [de bens e servidores]: afinal, trata-se da utilização de bens públicos por pessoas privadas e da disponibilização de servidores públicos para o exercício de atividades exteriores à Administração Pública, colocando-se-os numa situação de subordinação hierárquica em relação aos particulares”, concluindo que “pouco há de privado e muito de público no regime jurídico das Organizações Sociais”.⁶⁹²

Ressalte-se que as entidades qualificadas como organizações sociais também são declaradas como entidades de interesse social e de utilidade pública, o que seria o efeito imediato da qualificação de uma entidade como organização social, segundo Sílvio Luís Ferreira da ROCHA.⁶⁹³

Caso descumpra o contrato de gestão, a entidade qualificada como organização social poderá ser desqualificada, após processo administrativo,

⁶⁹¹ ALVES, Francisco de Assis. Obra citada, 2000, p. 198

⁶⁹² MOREIRA, Egon Bockmann. *Organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público e seus “vínculos contratuais” com o Estado*. In: CUÉLLAR, Leila e MOREIRA, Egon Bockmann. *Estudos de Direito Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 266.

⁶⁹³ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Obra citada, p. 117.

assegurado o contraditório e a ampla defesa.

BANDEIRA DE MELLO ainda fixa como requisito de qualificação de uma entidade como organização social que essa firme contrato de gestão com o Poder Público, em face dos arts. 2º, “f”, 4º, II e 5º e seguintes, da Lei nº 9.637/98.⁶⁹⁴ Sílvia Luís Ferreira da ROCHA, posicionando-se juntamente com a doutrina majoritária (com a qual concordamos), entende que primeiro ocorre a qualificação e, após, como efeito mediato, a possibilidade de celebração do contrato de gestão.⁶⁹⁵

BANDEIRA DE MELLO também aponta várias inconstitucionalidades nas organizações sociais:

- a) desnecessidade de demonstração de habilitação técnica ou econômico-financeira, de uma entidade que receberá bens públicos, recursos orçamentários, servidores custeados pelo Estado, o que é “outorga [para a autoridade responsável] de uma discricionariedade literalmente inconcebível, até mesmo escandalosa, por sua desmedida amplitude, e que permitirá favorecimentos de toda a espécie” e é uma postergação do princípio constitucional da isonomia (art. 5º) e da licitação (art. 37, inc. XXI);⁶⁹⁶
- b) o legislador não é livre para arredar o dever de licitar sempre que lhe apraza, sendo inconstitucional o art. 24, inc. XXIV, da Lei nº 8.666/93, em razão de princípios como o da isonomia e da razoabilidade;⁶⁹⁷
- c) mesmo se fosse possível a concessão ou permissão destes serviços públicos (não é por não serem privativos), seria necessária a licitação, nos termos do art. 175 da Constituição da República;⁶⁹⁸
- d) saúde (art. 196 da Constituição da República) e educação (arts. 205, 206 e 208) são “deveres do Estado”, “circunstâncias que o impedem de se despedir dos correspondentes encargos de prestação pelo processo de transpassá-los a organizações sociais” e não pode o Estado eximir-se de desempenhá-los diretamente, sendo vedado esquivar-se deles. Assim, as organizações sociais “só poderiam existir complementarmente, ou seja, sem que o Estado se demita de encargos que a Constituição lhe

⁶⁹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Obra citada, 2005, p. 223

⁶⁹⁵ ROCHA, Sílvia Luís Ferreira da. Obra citada, p. 117.

⁶⁹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Obra citada, 2005, p. 223-224.

⁶⁹⁷ Ibid., p. 224.

⁶⁹⁸ Ibid., p. 225.

irrogou";⁶⁹⁹

- e) “não podem (...) receber bens públicos, dotações orçamentárias e servidores públicos, a custa do erário, sem um processo regular em que se assegure igualdade a quaisquer interessados em obter tais benesses” pois “a ser de outro modo, a qualificação como organização social seria um gesto de ‘graça’, uma outorga imperial resultante tão-só do soberano desejo dos outorgantes”;⁷⁰⁰
- f) não podem os servidores ser obrigados a trabalhar nas organizações sociais e “mesmo descartada tal compulsoriedade, também não se admite que o Estado seja provedor de pessoal de entidades particulares”.⁷⁰¹

Finaliza o autor ao entender que as qualificações como organizações sociais são inválidas, podendo ser fulminadas via ações populares.⁷⁰²

José Maria Pinheiro MADEIRA posiciona-se no sentido de que uma entidade, que antes era estatal e transforma-se em organização social, passa a não mais realizar licitação para seus gastos nem concurso público para a contratação de pessoal, “fere os princípios da moralidade e da impessoalidade. Abre-se uma possibilidade a administradores de fugir das regras de direito público, gastando dinheiro público como anteriormente, agora sem licitação e sem concurso público. O quadro se agrava quando lembramos o Poder Público define discricionariamente qual a associação será credenciada como organização social”.⁷⁰³

3.3.3. A natureza jurídica dos contratos de gestão celebrados com as organizações sociais

Sobre a **natureza jurídica** do contrato de gestão, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO entende que este seria “em princípio, pura e simplesmente ‘contratos administrativos’” mas que “a lei disciplinadora das ‘organizações sociais’ pretendeu,

⁶⁹⁹ Id.

⁷⁰⁰ Ibid., p. 226.

⁷⁰¹ Id. Paulo MODESTO é favorável a esta cessão de servidores, recomendando até que a legislação das OSCIPs também previsssem esta possibilidade. MODESTO, Paulo. Obra citada, 2001, p. 15.

⁷⁰² Também entende inconstitucionais as organizações sociais SANTO, Ataliba Pinheiro Espírito. *As organizações sociais e a reforma administrativa*. In: Revista de Direito Administrativo nº 230, Out./Dez. 2000, p. 75-100.

⁷⁰³ MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração Pública centralizada e descentralizada*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000, p. 452.

inconstitucionalmente, permitir que travem contratos administrativos com o Poder Público, sem licitação e sem qualquer cautela, mesmo a mais elementar, resguardadora dos princípios constitucionais da impessoalidade (prestante para assegurar o princípio da moralidade) garantidora dos interesses públicos”. Também consideram os contratos de gestão como contratos administrativos Romeu Felipe BACELLAR FILHO e Luiz Alberto BLANCHET.⁷⁰⁴

Hely Lopes MEIRELLES, em sua obra atualizada, entende que os contratos de gestão não são contratos propriamente dito, porque não há interesses contraditórios.⁷⁰⁵

Segundo DI PIETRO, a natureza jurídica dos contratos de gestão se aproxima dos convênios e dos termos de parceria, e não dos contratos.⁷⁰⁶ No mesmo sentido José dos Santos CARVALHO FILHO⁷⁰⁷ e Eduardo SZAZI.⁷⁰⁸

Sílvio Luís Ferreira da ROCHA entende que os contratos de gestão têm peculiaridades tanto dos convênios quanto dos contratos administrativos, “com uma leve predominância do regime do contrato administrativo, mas não em sua totalidade – o que nos autoriza a classificar o contrato de gestão como um **contrato administrativo degradado**”, faltando o direito ao equilíbrio econômico-financeiro, por não haver previsão de lucro pelas organizações. Qualquer aumento de encargos no contrato de gestão, segundo o autor, poderia redundar no direito de ressarcimento por parte da instituição. Outra posição do autor é com relação ao prazo do contrato de gestão, que deveria seguir o ditame do art. 57 da Lei nº 8.666/93, cuja regra é a duração do acordo sem exceder os respectivos créditos orçamentários. Entende ainda que nos contratos de gestão existiriam as chamadas “cláusulas exorbitantes” presentes nos contratos administrativos e, com relação ao prazo do contrato de gestão, que deveria seguir o ditame do art. 57 da Lei nº 8.666/93, cuja regra é a duração do acordo sem exceder os respectivos créditos orçamentários.⁷⁰⁹

Egon Bockmann MOREIRA ensina que os vínculos gerados pelos contratos

⁷⁰⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Obra citada, 2005, p. 220. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Obra citada, 2005, p. 125. BLANCHET, Luiz Alberto. Obra citada, p. 169.

⁷⁰⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Obra citada, p. 265.

⁷⁰⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, 2002, p. 209.

⁷⁰⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Obra citada, p. 280, 281.

⁷⁰⁸ SZAZI, Eduardo. Obra citada, p. 109.

⁷⁰⁹ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Obra citada, p. 55, 125, 126. O autor ainda entende que o contrato de gestão não precisa ser subscrito por testemunhas e registrado em cartório, já que, conforme Hely Lopes MEIRELLES, todo o ato administrativo goza de presunção de legitimidade e de exigibilidade. Ibid., p. 127.

de gestão aproximam-se do que LAUBADÈRE e VENEZIA qualificam de “procedimentos de aparência contratual”. O autor aduz que os contratos de gestão **não são contratos** nem contratos administrativos, por serem parcerias, sem interesses contrapostos, não sinalagmáticos⁷¹⁰ ou comutativos⁷¹¹, por não possuírem prestações equivalentes e ou recíprocas, não visarem lucro ou distribuição de riquezas entre os signatários, mas com o interesse de atingimento do fim público e, por isso, seria um “acordo cooperativo funcionalizado”. Outra diferença seria a possibilidade do Poder Público e da organização social elaborarem em conjunto a proposta de contrato de gestão.⁷¹²

Para Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA os contratos de gestão firmados com as organizações sociais não são convênios, pois aqueles são mas estáveis e tendem a ser executados integralmente, e também não são contratos administrativos. Sua natureza, para o autor, seria a de acordos administrativos colaborativos.⁷¹³

Marçal JUSTEN FILHO entende que os contratos de gestão poderiam ser convênios, ou muito mais contratos organizacionais ou associativos: “Mas, no caso concreto, a expressão 'contrato de gestão' pode comportar inúmeras figuras jurídicas, da mais diversa natureza. Caberá examinar a situação concreta para atingir uma conclusão. O regime jurídico aplicável dependerá da identificação do substrato da relação jurídica pactuada”.⁷¹⁴

Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO aduz que os contratos de gestão não são contratos administrativos, mas sim “acordos de programa”, onde há uma “expansão legalmente admitida da autonomia gerencial de uma entidade ou de órgão participante”. Conclui o autor que na verdade os contratos de gestão são

⁷¹⁰ Sinalagmáticos quando há reciprocidade das obrigações. Caio TÁCITO apud BANDEIRA DE MELLO, obra citada, 2005, p. 582.

⁷¹¹ Comutativos quando há equivalência intrínseca entre as prestações. Caio TÁCITO apud BANDEIRA DE MELLO, Ibid., p. 582.

⁷¹² MOREIRA, Egon Bockmann. Obra citada, p. 269, 273, 274. O autor diz que os contratos de gestão não seriam os chamados contratos plurilaterais ou de organização, onde há união para interesses comuns (comunhão de escopo), mas visam objetivos individuais. Ibid., p. 273. O art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.637/98, estabelece que as autoridades públicas devem definir as cláusulas dos contratos de gestão que não estão definidas neste dispositivo legal. Egon Bockmann MOREIRA entende que é “nítido que esse poder de inserir novas cláusulas inclui também a possibilidade de modificar ou suprimir as cláusulas originais”. Após estas possíveis modificações, não há previsão de aprovação futura ou revisão pelo Conselho de Administração da organização social. “Logo, só excepcionalmente o contrato de gestão será ‘elaborado de comum acordo’”, e esta imposição unilateral de cláusulas **é o que talvez mais aproxime o contrato de gestão com os contratos administrativos**, segundo o autor. Ibid., p. 271.

⁷¹³ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Obra citada, p. 459, 477.

⁷¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, 2005, p. 134 e Obra citada, 2002, p. 34

"atos administrativos complexos", semelhantes aos convênios e acordos de programa.⁷¹⁵

Entendemos que os contratos de gestão firmados entre a Administração Pública e as organizações sociais têm a mesma natureza jurídica dos contratos administrativos, e não convênios, pois neles há interesses contraditórios, onde a Administração pretende que determinado serviço seja realizado e pagará para que as organizações sociais o realize. Nos contratos de gestão também há as prerrogativas da Administração Pública existentes nos contratos administrativos. É claro que os contratos de gestão têm algumas peculiaridades, e às vezes até são semelhantes aos convênios, mas não há como, pela importância dos serviços realizados pelas organizações sociais, que estas tenham apenas vínculo de convênio com a Administração Pública, onde elas possam denunciar a qualquer momento, sem penalidades.

3.3.4. Licitação para a celebração dos contratos de gestão com as organizações sociais

Sobre a necessidade de licitação para que a Administração firme contrato de gestão com organização social, Marçal JUSTEN FILHO entende que deverá ser realizada licitação para a escolha de organização social, quando existirem duas ou mais passíveis de realizar o objeto a ser firmado.⁷¹⁶

René CHAPUS qualifica os contratos de gestão como “prolongamentos contratuais da descentralização”, alertando para possíveis desigualdades de tratamento e injustiças, derivadas da tentação de escolher os beneficiários de tais contratos em virtude de considerações políticas.⁷¹⁷

Sílvio Luís Ferreira da ROCHA ainda argumenta:

Certos procedimentos prévios devem ser observados na elaboração do contrato de gestão. Deve haver, como regra, a **realização de licitação**. O procedimento licitatório configura um antecedente lógico e necessário do contrato administrativo com vistas a proporcionar ao Poder Público a oportunidade de realizar para si o **negócio mais vantajoso** e, ao mesmo tempo, **assegurar** aos administrados a possibilidade de disputarem o direito de contratar com o Estado. Aceitamos a não-realização da licitação apenas nas hipóteses em que a lei

⁷¹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, obra citada, p. 191, 277, 278 e 553. Concordando com MOREIRA NETO, José Maria Pinheiro MADEIRA. Obra citada, p. 452.

⁷¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, 2002, p. 36.

⁷¹⁷ Apud MOREIRA, Egon Bockmann. Obra citada, p. 269.

estabelece a dispensa ou a inexigibilidade da licitação.⁷¹⁸ (Grifo nosso.)

Concordamos integralmente com os autores supra, no sentido de que a Administração Pública é obrigada a realizar licitação previamente à celebração dos contratos de gestão, nos termos constitucionais, a não ser nos casos de dispensa ou inexigibilidade.

3.3.5. Necessidade de licitação para as contratações realizadas pelas organizações sociais com dinheiro público

Após 90 dias da assinatura do contrato de gestão, a entidade deverá publicar regulamento próprio com os procedimentos que adotará para suas contratações de obras, serviços e compras realizadas com recursos públicos. Rogério Gesta LEAL defende que para esta publicação, para garantir a publicidade, devem ser adotados os mesmos veículos de publicação da legislação licitatória.⁷¹⁹

O art. 119 da Lei nº 8.666/93 determina que as entidades da Administração indireta federal e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União editarão regulamentos próprios devidamente publicados, ficando sujeitas às disposições da Lei de Licitações. Diante deste dispositivo legal, entendemos que o regulamento próprio das organizações sociais para suas contratações deverá atender as normas gerais e princípios da Lei Nacional de Licitações, sob pena de ser considerado ilegal e até inconstitucional. Francisco de Assis ALVES alerta que esses regulamentos deverão observar os princípios reguladores da licitação.⁷²⁰

As organizações sociais são, segundo Egon Bockmann MOREIRA, “submetidas espontaneamente ao influxo (ao menos parcial) de regras de direito público”.⁷²¹ Mas alerta Rogério Gesta LEAL que estas entidades privadas “não possuem qualquer tipo de privilégios ou prerrogativas pertinentes às pessoas de direito público, sejam processuais ou de autoridade; da mesma forma, não se expõe à tutela policalesca do Estado, respondendo tão-somente pela execução de atividades pactuadas e pela regular aplicação os recursos outorgados”.⁷²²

⁷¹⁸ Ibid., p. 122.

⁷¹⁹ LEAL, Rogério Gesta. Obra citada, p. 178. Sobre o tema FREIRE, André Luiz. *As organizações sociais: dever de licitar e norma gerais*. In: Revista Zênite Informativo de Licitações e Contratos - ILC nº 126, ago/2004, p. 701.

⁷²⁰ ALVES, Francisco de Assis. Obra citada, 2000, p. 204.

⁷²¹ MOREIRA, Egon Bockmann. Obra citada, p. 262.

⁷²² LEAL, Rogério Gesta. Obra citada, p. 182.

Entretanto, para o âmbito federal, foi instituído o já citado Decreto nº 5.504/2005, que estabelece, entre outras coisas, conforme o Tribunal de Contas da União, a exigência de que os contratos de gestão que envolvam repasse voluntário de recursos da União deverão conter cláusula que determine que as contratações a serem realizadas pelas organizações sociais, implementem-se mediante processo de licitação pública, nos termos da Lei nº 8.666/93, e para as contratações de bens e serviços comuns a utilização do pregão, preferencialmente eletrônico, nos termos da Lei nº 10.520/2002 e Decreto nº 5.450/2005, a não ser, é claro, nas situações de dispensa ou inexigibilidade de licitação.⁷²³

3.4. OS TERMOS DE PARCERIA

O termo de parceria é o instrumento firmado entre a Administração Pública e as OSCIPs, que forma vínculo de cooperação entre ambas, para o fomento e a execução de atividades de interesse público constantes dos estatutos das entidades qualificadas, definidas na Lei nº 9.790/99, como por exemplo a promoção da assistência social, da cultura, da educação e da saúde gratuitas, etc.

O termo de parceria firmados pelas OSCIPs, juntamente com os contratos de gestão das organizações sociais, foram criados durante a “onda gerencial” que influenciou a Administração Pública brasileira, desde a divulgação do Plano Diretor do MARE. Assim, o termo de parceria também foi criado com o intuito de um maior controle de resultados, ao invés dos convênios, cujo controle é preponderante na forma de aplicação dos recursos caracterizando-se como: “novo instrumento jurídico de fomento e gestão das relações de parceria entre as OSCIPs e o Estado, com o objetivo de imprimir maior agilidade gerencial aos projetos e realizar o controle pelos resultados, com garantias de que os recursos estatais sejam utilizados de acordo com os fins públicos”.⁷²⁴

Este termo é um acordo de vontades entre o Poder Público e as OSCIPs, e nele deve constar os direitos, responsabilidades e obrigações dos parceiros, sendo cláusulas essenciais a do objeto com todas as especificações do programa de trabalho proposto pela OSCIP; a de estipulação das metas e dos resultados a serem

⁷²³ Rogério Gesta LEAL aduz que “a burocratização dessas organizações sociais, por vezes, faz aumentar os custos de pessoal, de infra-estrutura e comunicação, junto aos de *marketing* e arrecadação de fundos, igualando-as em diversos níveis às demais pessoas jurídicas de direito privado e, até público, que estão no mercado há mais tempo”. Id.

⁷²⁴ FERRAREZI, Elisabete e REZENDE, Valéria. Obra citada, p. 32,

atingidos e os prazos de execução ou cronograma; a de previsão dos critérios de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de resultados; a de previsão de receitas e despesas a serem utilizadas em seu cumprimento, inclusive pagamento de pessoal, a serem pagos com recursos advindos da parceria; a que estabelece as obrigações da OSCIP, entre as quais a de apresentar relatório sobre a execução do objeto da parceria, com o comparativo de metas/resultados alcançados, acompanhado de prestação de contas dos gastos e receitas efetivamente realizados; a de publicação, na imprensa oficial da esfera de alcance das atividades celebradas entre o órgão parceiro e a OSCIP, do extrato do termo de parceria e de demonstrativo da sua execução física e financeira, conforme modelos constante dos anexos I e II do Decreto nº 3.100/99, sob pena de não liberação dos recursos previstos no termo.

Interessante é a determinação legal de que a celebração do termo de parceria será precedida de consulta aos Conselhos de Políticas Públicas das áreas afins, nos respectivos níveis de governo. Exemplificativamente, se o Governo do Estado do Paraná pretende firmar termo de parceria com OSCIP ligada à segurança alimentar, deverá ser realizada consulta prévia ao Conselho de Segurança Alimentar e Nutricional do Estado do Paraná – CONSEA/PR.

Além disso, a execução do termo de parceria será fiscalizada pelo Poder Público e pelos Conselhos de Políticas Públicas competentes, e os resultados atingidos serão analisados por comissão de avaliação composta de comum acordo entre os parceiros. Note-se que os mecanismos de controle da Administração Pública (popular, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, do Tribunal de Contas e do Ministério Público) e de responsabilização dos partícipes também serão utilizados nos termos de parceria.

Augusto de FRANCO dispõe que pelos termos de parcerias o Estado pode associar-se com as organizações da sociedade civil “sem as inadequações dos contratos regidos pela Lei nº 8.666/93 (que supõe concorrência e, portanto, pressupõe uma racionalidade competitiva na busca de fins privados, válida para o Mercado mas não para aquelas organizações da Sociedade Civil que buscam fins públicos) e as inconveniências dos convênios, regidos pela Instrução Normativa nº 1, de 1997, da Secretaria do Tesouro Nacional (um instrumento deslizado do seu sentido original, que era o de celebrar relações entre instâncias estatais – mas que se transformou num pesadelo kafkiano quando aplicado para regular relações entre

instâncias estatais e não estatais)".⁷²⁵

Lembre-se que por mais que os termos de parceria sejam acordos de cooperação criados como alternativa para os convênios, as entidades qualificadas como OSCIP, em princípio, poderão firmar convênios com a Administração Pública.

Segundo Elisabete FERRAREZI e Valéria REZENDE a prorrogação do termo de parceria poderá ser providenciado por simples apostila, e não termo aditivo, desde que não alterado valores, "o que é gerencialmente muito mais simples".⁷²⁶

Elisabete FERRAREZI e Valéria REZENDE ainda entendem que os termos de parceria são mais flexíveis que os convênios, quando, por exemplo, possibilitam o pagamento do pessoal envolvido na execução do programa de trabalho, inclusive encargos trabalhistas e previdenciários.⁷²⁷

Se a OSCIP adquirir bem imóvel com recursos advindos do termo de parceria, este será gravado com cláusula de inalienabilidade.

O termo de parceria, nos termos do art. 13 do Decreto nº 3.100/99, assim como no caso dos convênios, poderão ser celebrados por período superior ao do exercício financeiro.⁷²⁸ Entretanto, Sílvia Luís Ferreira da ROCHA entende que a vigência do termo de parceria é de um exercício social (um ano, de janeiro a dezembro)⁷²⁹, talvez utilizando a mesma restrição do caput do art. 57 da Lei nº 8.666/93.

O art. 13, § 1º, do Decreto nº 3.100/99, segundo nosso entendimento, é juridicamente questionável, pois dispõe que mesmo no caso de expiração da vigência do termo de parceria, será possível sua prorrogação, o que não é condizente com o ordenamento jurídico, seja para contratos, convênios, contratos de gestão ou termos de parceria. Hely Lopes MEIRELLES, citando posicionamento do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, aduz o seguinte: "Se a prorrogação não foi providenciada pela Administração antes de vencido o prazo contratual, haverá extinção do contrato e será considerado irregular o instrumento de prorrogação feito posteriormente".⁷³⁰

O § 2º do mesmo artigo determina que as despesas previstas no termo de

⁷²⁵ FRANCO, Augusto de. Obra citada, p. 16.

⁷²⁶ FERRAREZI, Elisabete e REZENDE, Valéria. Obra citada, p. 52.

⁷²⁷ Ibid., p. 37.

⁷²⁸ PAES, José Eduardo Sabo. Obra citada, p. 154.

⁷²⁹ ROCHA, Sílvia Luís Ferreira da. Obra citada, p. 78.

⁷³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Obra citada, 2002, p. 230.

parceria e realizadas no período compreendido entre a data original de encerramento e a formalização de nova data de término serão consideradas como legítimas, desde que devidamente empenhadas. Lembramos que a Lei nº 4.320/64 determina que não pode existir despesa sem prévio empenho.

É claro que a doutrina mais moderna posiciona-se no sentido de que qualquer prestação do particular, mesmo sem amparo contratual, se realizada de boa-fé, deverá ser indenizada pela Administração Pública, sob pena de caracterização do enriquecimento sem causa. Entretanto, esta deve ser uma situação rara, excepcional, e não se transformar em regra do Direito Administrativo.

3.4.1. A natureza jurídica dos termos de parceria

Sobre a natureza jurídica dos termos de parceria, DI PIETRO diz que estes são muito semelhantes aos contratos de gestão, e teriam natureza assemelhada aos **convênios**.⁷³¹ No mesmo sentido José dos Santos CARVALHO FILHO⁷³² e Maria Nazaré Lins BARBOSA.⁷³³

Hely Lopes MEIRELLES aduz que tanto os termos de parcerias como os contratos de gestão, bastante semelhantes em alguns pontos, **não são contratos** propriamente ditos, pois neles não há interesses contraditórios, mas convergentes.⁷³⁴ Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA e Fernando Borges MÂNICA opinam no sentido de que os termos de parceria não são contratos, mas uma nova modalidade de ajuste administrativo.⁷³⁵

Egon BOCKMANN dispõe que os termos de parceria são **pseudocontratos**, acordos de cooperação funcionalizados, com natureza jurídica semelhante a do contrato de gestão, diferenciado nos requisitos de contratação e formalização.⁷³⁶

Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA entende que os contratos de gestão firmados com as organizações sociais e os termo de parceria celebrados com as

⁷³¹ Obra citada, p. 219.

⁷³² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Obra citada, p. 284. Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO entende que os termos de parceria são da espécie convênio, embora denominados por má técnica como termos de parceria. Ressalte-se que o autor classifica todos estes acordos como atos administrativos complexos. Obra citada, p. 279 e 554.

⁷³³ BARBOSA, Maria Nazaré Lins. *A experiência dos termos de parceria entre o Poder Público e as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs)*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.501.

⁷³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 267.

⁷³⁵ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de, MÂNICA, Fernando Borges. Obra citada, p. 5209-5351.

⁷³⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. Obra citada, p. 275.

OSCIPs têm a mesma natureza jurídica, a de acordos administrativos colaborativos.⁷³⁷

Marçal JUSTEN FILHO entende que os termos de parceria têm natureza jurídica idêntica aos contratos de gestão, ou seja, como já tratado, podem comportar **inúmeras figuras jurídicas, dependendo do caso concreto**.⁷³⁸

Sobre os termos de parceria temos o mesmo posicionamento quanto aos contratos de gestão. Ou seja, entendemos que os termos de parceria firmados entre a Administração Pública e as OSCIPs têm a mesma natureza jurídica dos contratos administrativos, com algumas peculiaridades próprias.

3.4.2. Concurso de Projetos e necessidade de licitação para a celebração dos termos de parceria

Elisabete FERRAREZI e Valéria REZENDE aduzem que “o Termo de Parceria possibilita a escolha do parceiro mais adequado do ponto de vista técnico e mais desejável dos pontos de vista social e econômico, além de favorecer a publicidade e a transparência”.⁷³⁹ Será que esta afirmação expressa a verdade dos fatos? Será que é necessário realizar licitação prévia a celebração de termo de parceria entre a Administração Pública e uma OSCIP?

Dispositivo que causa estranheza é o art. 23 do Decreto nº 3.100/99:

A escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria, **poderá** ser feita por meio de publicação de edital de **concursos de projetos** pelo órgão estatal parceiro para obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultorias, cooperação técnica e assessoria. (Grifo nosso.)

Para Elisabete FERRAREZI e Valéria REZENDE, nos termos da legislação citada, o concurso de projetos não é obrigatório.⁷⁴⁰

Sobre o tema, Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA e Fernando Borges MÂNICA analisam que é evidente a inaplicabilidade da Lei de Licitações para a

⁷³⁷ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Obra citada, p. 464.

⁷³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, 2005, p. 134, 136 e Obra citada, 2002, p. 37.

⁷³⁹ FERRAREZI, Elisabete e REZENDE, Valéria. Obra citada, p. 32. Aproveitamos a utilização do termo “transparência” pra tratarmos da expressão “*accountability*”, muito utilizada pelos defensores do ideário do “terceiro setor”. Simone de Castro Tavares COELHO informa que o termo não possui correspondente em português, mas é determinante na definição da forma pela qual o relacionamento entre Estado e “terceiro setor” pode se processar: “uma pessoa ou instituição é *accountable* quando é responsável por decisões e pelas consequências de suas ações e inações, e pode, portanto, ser um exemplo para outros”. COELHO, Simone de Castro Tavares. Obra citada, 2002, p. 171.

⁷⁴⁰ Ibid., p. 49.

celebração de termos de parceria, uma vez que não se trata de contratação administrativa, mas uma nova forma de acordo administrativo. Além disso, os autores concordam com os termos do Decreto nº 3.100/99, no sentido de que a realização de concurso de projetos prévio à celebração dos termos de parceria não é obrigatória, sendo uma decisão discricionária.⁷⁴¹

Maria Nazaré Lins BARBOSA, num primeiro momento, entendeu que pelo simples fato da entidade ser OSCIP, ela já se pré-qualificou, e como os termos de parceria são celebrados após consulta aos conselhos de políticas públicas, "se o concurso tivesse caráter obrigatório, o procedimento poderia ser 'burocratizado', dificultando sua implementação", por mais que ela entenda adequado o critério do concurso de projetos. Segundo a doutrinadora, para evitar este "inconveniente", seria interessante mais uma hipótese de dispensa de licitação para celebração de termos de parceria com as OSCIPs, na Lei nº 8.666/93.⁷⁴² Entretanto, em publicação mais recente a autora posicionou-se pela impropriedade de incluir na Lei nº 8.666/93 uma hipótese de dispensa para a celebração de termos de parceria, pois estes não têm racionalidade contratual. Para ela não cabe licitação por terem os termos natureza dos convênios.⁷⁴³

Há posição do Tribunal de Contas da União no sentido de que a mera sugestão do concurso de projetos será pouco efetiva, entendendo que poderia ter sido estabelecido um limite de valor a partir do qual seria obrigatório o concurso.⁷⁴⁴

Marçal JUSTEN FILHO defende a tese de que é obrigatória a adoção de procedimento licitatório para a realização de termo de parceria, caso contrário seria "porta aberta" para a fraude e a destruição da regra constitucional da obrigatoriedade da licitação e "bastaria a própria Administração produzir o nascimento de uma 'organização', submetida a seu estrito controle, e dela se valer para realizar todo o tipo de contratação sem prévia licitação".⁷⁴⁵

Entendemos que é salutar a preocupação da autoridade regulamentadora pela criação do concurso de projetos para a escolha da OSCIP que firmará o termo de parceria com a Administração Pública. Entretanto, é inadmissível que o termo

⁷⁴¹ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de, MÂNICA, Fernando Borges. Obra citada, p. 5209-5351.

⁷⁴² BARBOSA, Maria Nazaré Lins. Obra citada, 2004, p. 30.

⁷⁴³ BARBOSA, Maria Nazaré Lins. Obra citada, 2005, p. 507.

⁷⁴⁴ Decisão nº 931/1999, Plenário, Ministro Relator Marcos VILAÇA.

⁷⁴⁵ Essas organizações seriam transformadas nas novas fundações de direito público, figuras a que o Estado recorreu largamente no passado com o intuito de escapar ao regime licitatório. JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, 2002, p. 37.

utilizado no decreto seja o “poderá”. Entendemos que a Administração Pública **deverá realizar licitação** que assegure o atendimento dos princípios da igualdade, moralidade, economicidade, publicidade, dentre outros, para a escolha da entidade celebrante do termo de parceria. É claro que sendo comprovada a total impossibilidade de competição entre mais de uma OSCIP, um procedimento bastante simplificado poderá ser adotado, assim como ocorre nas dispensas e inexigibilidades de licitação, conforme o arts. 25 e 26 da Lei nº 8.666/93.

Não descartamos, todavia, a alteração da legislação licitatória para que sejam criadas modalidades de licitação mais compatíveis para a celebração de acordos com as entidades do "terceiro setor". Enquanto a legislação não é alterada, a Administração Pública deverá realizar licitação para a celebração de termos de parceria com as OSCIPs que poderá ser baseada no concurso de projetos previsto no decreto regulamentador da Lei das OSCIPs.

Ainda sobre o concurso de projetos, os arts. 23 e seguintes do Decreto definem as exigências e os procedimentos mínimos deste procedimento. O Regulamento determina que a Administração Pública deverá preparar com clareza, objetividade e detalhamento, a especificação do objeto do termo de parceria. No edital do concurso de projetos deve constar, no mínimo, informações sobre prazos, condições e forma de apresentação das propostas; especificações técnicas do objeto; critérios de seleção e julgamento das propostas; datas e local para apresentação de propostas; datas de julgamento; data provável de celebração do termo; e valor máximo a ser desembolsado.

A OSCIP interessada em firmar termo de parceria com a Administração Pública deverá apresentar projeto técnico e o custo detalhado de sua implementação do objeto, sendo que durante o concurso deve ser assegurado segredo na autoria de cada proposta.

A seleção e o julgamento dos projetos levará em conta o mérito do projeto apresentado e a sua adequação ao edital; a capacidade técnico-operacional da entidade; a adequação entre os meios sugeridos, seus custos, cronogramas e resultados; o ajustamento da proposta às especificações técnicas; a regularidade jurídica e institucional da OSCIP; e análise de outros documentos.

Não podem ser utilizados como critérios de seleção: local do domicílio da OSCIP ou exigência de experiência de trabalho da organização no local de domicílio do órgão da Administração Pública; obrigatoriedade de consórcio ou associação

com entidade do local de celebração do termo; ou contrapartida ou benefício por parte da OSCIP.

A comissão julgadora do concurso, não remunerada, designada pela Administração Pública, deve ser composta, no mínimo, por um membro do Poder Executivo, um especialista no tema do objeto do termo de parceria e um membro do Conselho de Política Pública da área.

O julgamento apenas será realizado em consonância com os critérios do edital e do Decreto nº 3.100/99. Após o julgamento, a comissão apresentará em seção pública, na presença dos concorrentes, o resultado final.

A Administração Pública não poderá examinar recursos administrativos contra as decisões da comissão, e não poderá anular ou suspender o resultado do concurso, assim como não poderá firmar termo de parceria com o mesmo objeto sem finalizar o concurso.

Após o resultado final do concurso, o órgão público o homologará, devendo ser imediata a celebração do termo de parceria, pela ordem de classificação dos aprovados.⁷⁴⁶

3.4.3. Obrigatoriedade de licitação para as contratações realizadas pelas OSCIPs com dinheiro público

Outra questão interessante é a obrigatoriedade ou não da realização de licitação por parte das OSCIPs para as contratações com dinheiro público.

O art. 14 da Lei nº 9.790/99 estabelece que a OSCIP fará publicar em até 30 dias da assinatura do termo, **regulamento próprio** com os procedimentos que

⁷⁴⁶ Os acordos firmados pela Administração Pública com as entidades do "terceiro setor" serão **controlados internamente** (art. 74 da CF), podendo, por exemplo, a Administração anular ou revogar seus próprios atos (Súmula nº 473 do STF), por meio do autocontrole (mesma autoridade que firmou o acordo); pelo controle hierárquico, onde órgãos superiores controlam os inferiores (em regra na mesma pessoa jurídica); ouvidoria; pareceres jurídicos e técnicos. Também sofrerão **controle externo**, exercido (a) pela população (popular ou social), por meio de eleições, audiências e consultas públicas, conselhos populares, direito de petição e recursos administrativos, (b) pelo Poder Executivo, pela intervenção (arts. 34 a 36 da CF); (c) pelo Poder Legislativo, via legislação e fiscalização (art. 49 da CF), CPIs, etc, auxiliado pelo Tribunais de Contas; e (d) pelo Poder Judiciário (remédios constitucionais como mandado de segurança, ação popular, etc). As pessoas controladas são quaisquer que administrem dinheiros, bens e valores públicos (art. 70, parágrafo único, da CF). O Tribunal de Contas fiscaliza o repasse de verbas mediante acordos aos estados e municípios (art. 71, VI, CF; art. 75, V, CE/PR). Considerando-se convênios como atos, o Tribunal de Contas pode sustar o ato (71, x). Nos contratos (e quando considera-se convênios como contratos): apenas o Congresso Nacional pode sustá-los, o qual se em 90 dias não o fizer, o Tribunal de Contas poderá tomar decisão sobre o tema (§§ 1º 2º art. 71). Sobre o controle das licitações ver GUIMARÃES, Edgar. *Controle das licitações públicas*. São Paulo: Dialética, 2002.

adotará para a **contratação** de obras, serviços e compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência. Em face ao art. 119 da Lei nº 8.666/93, conforme já tratado no tópico sobre organizações sociais, entendemos que o regulamento próprio das OSCIPs para suas contratações deverá atender as normas gerais e princípios da Lei Nacional de Licitações.

As OSCIPs, assim como as organizações sociais, são, segundo Egon Bockmann MOREIRA, “submetidas espontaneamente ao influxo (ao menos parcial) de regras de direito público”.⁷⁴⁷

Para o âmbito federal, informamos que o já citado Decreto nº 5.504/2005 estabelece, entre outras coisas, em consonância ao Tribunal de Contas da União, a exigência de que os termos de parceria que envolvam repasse voluntário de recursos da União deverão conter cláusula que determine que as contratações a serem realizadas pelas OSCIPs sejam realizadas mediante **processo de licitação** pública, nos termos da Lei nº 8.666/93, e para as contratações de bens e serviços comuns a utilização do pregão, preferencialmente eletrônico, conforme a Lei nº 10.520/2002 e Decreto nº 5.450/2005, a não ser, é claro, nas situações de dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Antes da emissão do Decreto nº 5.504/2005, Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA e Fernando Borges MÂNICA informam que a Lei das OSCIPs não exige que elas promovam licitação no emprego de seus recursos, mas apenas o regulamento próprio com os procedimentos para contratação. Mas já àquela época os autores entendiam que nada obsta que o edital do concurso de projetos, o termo de parceria ou mesmo a legislação de base editada pelo parceiro público venham a disciplinar com balizamentos mais específicos os procedimentos para as contratações das OSCIPs parceiras.⁷⁴⁸ E foi isso, por meio do Decreto citado, que a União providenciou, regulamentando a questão sobre a necessidade de realização de licitação pelas OSCIPs que receberem verbas públicas mediante parcerias.

⁷⁴⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. Obra citada, p. 262.

⁷⁴⁸ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de, MÂNICA, Fernando Borges. Obra citada, p. 5209-5351.

"Deus dá a todos uma estrela.
Uns fazem da estrela um sol.
Outros nem conseguem vê-la."⁷⁴⁹
Helena Kolody

"Para o homem, ainda que seja sábio, aprender
continuamente a ser flexível não é vergonhoso."⁷⁵⁰
Sófocles

CONCLUSÃO

No presente estudo nos propusemos a criticar o discurso neoliberal-gerencial hegemônico na atualidade, fortalecido no final do século XX, que vem dominando o cenário nacional e internacional, tanto nos países centrais quanto nos periféricos e semi-periféricos. Tentamos fazer um contraponto às doutrinas defensoras do neoliberalismo e do gerencialismo que propugnam pelo Estado mínimo, apenas regulador, fomentador do chamado "terceiro setor" como prestador dos serviços sociais, por meio de parcerias entre a sociedade civil e o Estado. Várias destas críticas foram explicitadas com muita competência pelo filme brasileiro "Quanto vale ou é por quilo?", do cineasta paranaense Sérgio BIANCHI, o qual foi uma das inspirações para a elaboração desta dissertação.

Preliminarmente, é importante ressaltar que temos vários questionamentos quanto ao Estado como o encontramos, com suas deficiências, distorções, opressões, volúpia na cobrança de impostos sem o devido gasto social, sua utilização como instrumento de manutenção do grande capital, etc. Por isso, defendemos um outro Estado, com a correção de suas falhas (como por exemplo com o aperfeiçoamento da burocracia, o sistema eleitoral, os institutos de participação social), no sentido desta sociedade política se transformar num instrumento real de justiça social, atuando positivamente, assegurando os direitos fundamentais sociais (e não apenas os direitos individuais), a dignidade da pessoa humana, a isonomia, a liberdade substancial para todos (e não apenas para os detentores do capital). Enfim, um Estado radicalmente democrático e participativo, com um controle social efetivo, sem individualismos, vigoroso e vinculado aos problemas sociais, não apenas árbitro dos conflitos existentes, sem sua redução, mas dando-lhe uma outra qualidade.

⁷⁴⁹ KOLODY, Helena. *Dom*. In: _____. *Poemas selecionados Helena Kolody*. Curitiba: Positivo, 2005, p. 14

⁷⁵⁰ Do personagem Hemon. SÓFOCLES. *Antígona*. Porto Alegre: L&PM, 1999, p. 53, 54.

A discussão anterior à queda do muro de Berlim, sobre como transformar a sociedade, se pela revolução contra o Estado ou reformismo pelo Estado, deu lugar à reforma do próprio Estado e da Administração Pública, na verdade uma contra-reforma, antagônica às que garantiram vários direitos sociais no decorrer do século XX, assegurados em nosso país principalmente pela Constituição de 1988. Estas reformas do Estado são influenciadas pelo capitalismo global, pelo Consenso de Washington, pelo neoliberalismo e pelo gerencialismo.

O neoliberalismo, com o discurso de que o Estado está em crise, defende uma sociedade política fraca e ao mesmo tempo forte. Sustenta o Estado fraco na intervenção da ordem econômica e social, com gastos irrisórios na área social, um Estado mínimo e irresponsável; mas forte na manutenção do *status quo* e garantidor dos interesses e das exigências do capitalismo global, para o bom funcionamento do mercado, para a reestruturação e acumulação do capital, para romper o poder da sociedade civil organizada e questionadora, com um Direito penal que reprima a resistência dos excluídos. Enfim, um Estado com funções apenas legislativas, judiciárias, regulatórias e de polícia e de forma alguma prestadoras de serviços públicos.

Somos contrários à relação muito difundida pelos neoliberais de que o Estado prestador de serviços é necessariamente antidemocrático e bloqueador do controle social, pois é o liberalismo e sua nova faceta neoliberal que tem uma lógica autoritária, ao não proporcionar a liberdade substancial do indivíduo, permitindo a livre caça do mercado como lobo em pele de cordeiro, além de deixar as grandes decisões nas mãos do grande capital. Não podemos permitir que haja apenas uma democracia formal que não propicie uma participação efetiva da sociedade civil. Apenas lembramos que o ideário gerencial-neoliberal proclama um maior controle social da população sobre o Estado, o que é apenas discurso para aumentar sua hegemonia, pois seu ideário não permite a participação do cidadão, talvez apenas a do cliente-consumidor. O neoliberalismo, assim, defende uma democracia formal, mas não uma democracia radical, o que para ele seria um exagero de poder nas mãos do povo. Deixa para as organizações do "terceiro setor" apenas as decisões de menor importância, entidades estas que, de qualquer forma, não têm seus dirigentes eleitos pelo povo, o que gera um esvaziamento do poder democrático. Note-se, ainda, que o repasse de atividades ao "terceiro setor", ao retirar seu controle do âmbito estatal e do direito público para o do direito privado, diminui as

possibilidades de controle democrático e de pressão política.

Em nossa análise, verificamos que os serviços sociais, por obrigação constitucional, devem ser executados diretamente pelo Estado, em regime de direito público, quando serão denominados como serviços públicos sociais. Este dever constitucional do Estado de prestar diretamente os serviços públicos sociais é ainda mais justificado nos países periféricos e semiperiféricos, onde o Estado não cumpriu minimamente o seu papel, onde o Estado do bem-estar não completou sua obra, com a existência de uma absurda desigualdade social, ao contrário da realidade dos países centrais desenvolvidos. Enfim, nos países periféricos e semi-periféricos, na América Latina, no Brasil, o Estado ainda tem um papel fundamental na intervenção da economia e na prestação de serviços públicos, ainda não sendo possível que se prescindia de um Estado atuante. Em nossa realidade, o Estado necessário é um Estado provedor, prestador de serviços públicos, que permita reduzir as desigualdades existentes.

Saliente-se que não defendemos um Estado responsável direto por todas as utilidades necessárias à população, o Estado máximo, mas que seja o principal ator, ainda mais nos serviços sociais, mesmo porque aplicamos o princípio da subsidiariedade (prega que agrupamentos de ordem inferior exerçam funções que eles próprios podem desenvolver, ao invés da coletividade mais vasta e elevada). Este princípio, difundido pela doutrina social da Igreja Católica, é mais afeto ao Estado social do que ao próprio Estado neoliberal (por mais que muitos defensores do gerencial-neoliberalismo o cite como fundamento para o Estado mínimo). Enfim, a aplicação do princípio da subsidiariedade nos países subdesenvolvidos nos remete à necessidade de um Estado interventor e prestador de serviços, uma vez que o "terceiro setor" e o mercado não são suficientes para garantir a emancipação do indivíduo, o fim das desigualdades, uma sociedade justa. Assim, exemplificativamente, se na Europa ocidental a aplicação do princípio da subsidiariedade nos leva à diminuição da atuação direta do Estado e repasse dos serviços sociais ao "terceiro setor", não há como esta regra ser seguida, *ipsis litteris*, em nosso tão desigual país.

Destarte, há possibilidade de atuação também da iniciativa privada na prestação de serviços sociais, tanto pelo "terceiro setor" (de preferência), quanto pelo mercado. Neste caso, não será concessão ou permissão, mas autorização do Poder Público, que controlará a execução dos serviços sociais, situação que terá

tratamento normativo mais restrito que as demais atividades privadas.

Além de prestar serviços, o Estado pode fomentar a iniciativa privada, para que esta execute atividades de interesse público. O fomento pode ser providenciado de várias formas, entre elas o fomento econômico financeiro direto, com o desembolso de dinheiro público às entidades que atuem pelo atendimento do interesse público, por meio de subvenções, auxílios, contribuições, convênios, contratos de gestão e termos de parceria.

Sobre a burocracia, defendemos o Estado social e o seu aparelho burocrático, que não são, obrigatoriamente, ineficazes, parasitários, corruptos, corporativos, clientelistas, com políticos e servidores espúrios, como pretende fazer acreditar o discurso gerencial-neoliberal. Se o Estado e sua burocracia têm estas características, isso se deve ao próprio resquício liberal-patrimonialista, modernizado e até reforçado pelos ideais do gerencialismo e do neoliberalismo. Sustentamos que a Administração Pública burocrática weberiana, racional, eficiente, previsível, substancialmente democrática, contrária ao patrimonialismo, não deve se sobrepor à própria política. Ou seja, deve haver um controle político e social desta burocracia, de forma efetiva. Ressaltamos, com pesar, que esta Administração Pública burocrática nunca chegou a ser realmente implementada no Brasil, pois desde os primórdios da Administração brasileira até o Governo de Luiz Inácio LULA DA SILVA, nunca conseguimos separar o Estado dos interesse privados. Pelo contrário, com a tentativa de implementação do gerencialismo em nossa Administração Pública, houve um retrocesso ainda maior ao patrimonialismo, após o desmonte estatal providenciado pelos Governos de Fernando COLLOR DE MELLO e Fernando Henrique CARDOSO, e seus representantes e seguidores nos estados e municípios brasileiros.

O neoliberalismo-gerencial vem sendo responsável pela expansão do não-Estado, do Estado à margem, do Estado comprimido, com a desconstrução do Estado ampliado, democrático, social, e do seu aparelho, a Administração Pública. Torna o Estado um inimigo a ser combatido, numa sociedade em que apenas os melhores podem progredir, na qual a desigualdade é um valor positivo, não redundando em melhor distribuição de renda, maior integração social, mas apenas mais mercado, num projeto regressivo. Assim, ao invés de melhorar o Estado e a Administração Pública, pretende substituí-los pelo privatismo.

O neoliberalismo vem conquistando a hegemonia, conseguindo adeptos

entre suas vítimas, com seu "canto da sereia", por mais que muitos o combatam. Os que ainda "remam contra a maré", enquanto não têm uma receita alternativa para apresentar, ou têm uma receita difícil de ser implementada a curto prazo, em face à realidade mundial, devem defender o que resta do Estado, e não, juntamente com os neoliberais, torcerem para o seu enfraquecimento, porque o que surgirá em substituição não é a sociedade civil organizada, os novos movimentos sociais, mas o mercado, as grandes e ambiciosas empresas transnacionais, sem ninguém forte o suficiente para regulamentá-los.

Resistimos ainda ao termo "publicização" utilizado pela reforma gerencial-neoliberal, ao afirmarmos que trata de privatização em sentido amplo, tanto a celebração de contratos de gestão com as organizações sociais quanto os termos de parceria com as OSCIPs. Extinguir ou desestruturar órgãos da Administração Pública direta ou entidades da indireta, e proporcionar que uma entidade privada sem fins lucrativos exerça as atividades antes realizadas diretamente pelo Estado nada mais é do que uma privatização *lato sensu*. É, também, uma delegação, não nos mesmos termos das famosas concessões e permissões de serviços públicos cuja titularidade do serviço é do Estado, mas um repasse de responsabilidades estatais para entidades privadas.

Adotamos no presente trabalho a teoria gramsciana da concepção ampliada do Estado nas chamadas "sociedades ocidentais", onde há uma relação equilibrada entre a sociedade política e a sociedade civil, e o centro da luta de classe está na "guerra de posição", numa conquista progressiva de espaços na sociedade civil, da hegemonia, para posterior acesso e conservação do poder. Neste caso, a sociedade civil, juntamente com a sociedade política, faz parte da superestrutura. O Brasil pode ser considerado como uma sociedade ocidental. Nas "sociedades orientais" a luta de classes se trava visando a conquista explosiva do Estado restrito, nas quais o movimento revolucionário se expressa como "guerra de movimento". Adotamos, ainda, a tese de que não há uma setorialização gramsciana entre "sociedade civil" ("terceiro setor"), "sociedade política" (Estado) e "estrutura econômica" (mercado), e que a sociedade política e sociedade civil formam um par conceitual que marca uma unidade na diversidade. Assim, ao invés de tripartite, a teoria gramsciana é bipartite, Estado amplo (superestrutura) e estrutura econômica (infra-estrutura).

O Estado, ao deixar de prestar diretamente os serviços sociais, repassando a execução para o "terceiro setor", abstém-se de fazer uma política social universal

compulsória, não-contributivista e gratuita, com programas nacionais e regionais, e constitutiva de direitos sociais. O "terceiro setor" realiza uma política de ações pontuais, setorializadas, localizadas, focalizadas, segmentadas, incapazes de cobrir suficientemente as grandes massas em situação de exclusão. Por exemplo, prefere-se repassar dinheiro para que as entidades do "terceiro setor" atuem em defesa dos direitos da criança, do adolescente, do idoso, ao revés de estruturar uma "sucateada" defensoria pública; que elas prestem serviços de capacitação, ao invés de investimentos em escolas e universidades estatais; assim como atendam portadores da doença "X", ao contrário de investimentos em hospitais públicos.

A sociedade política, seja em governos de direita, centro, ou ditos de esquerda, vem se desresponsabilizando quanto aos serviços sociais, repassando a gestão da educação, saúde, assistência social, cultura, entre outros, às entidades do "terceiro setor", antes executados diretamente pelo Estado.

As organizações não-governamentais, que antes eram contestadoras, cobradoras de melhores condições de vida à população, que almejavam a emancipação do indivíduo e um outro mundo possível passaram, em sua maioria, a serem "parceiras" do Estado, não de forma complementar, mas o substituindo, com um ideário contaminado por interesses privados.

Defendemos que a expressão "terceiro setor" é inadequada, pois não há esta setorialização entre Estado e sociedade civil. Além disso, se existissem três setores, como este "setor" é identificado com a sociedade civil, ele seria o primeiro, e não o "terceiro setor". Acrescentamos que é uma expressão por demais vaga, simplista, que mais confunde do que esclarece, pois engloba sujeitos e ideologias contraditórios, do MST - Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra à TFP - Tradição Família e Propriedade, da Cooperativa dos Catadores de Lixo à Associação Comercial. De qualquer forma, utilizamos o termo neste trabalho por ser o mais difundido no Brasil na atualidade. Entretanto, para retratar tudo o que não faz parte da sociedade política nem do mercado, denominaríamos o "terceiro setor" apenas como "sociedade civil organizada".

O "terceiro setor" é uma expressão polêmica, muito abrangente, que surgiu com o fortalecimento do ideário gerencial-neoliberal, que engloba as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos de benefício público e as de benefício mútuo, as pessoas físicas voluntárias e as que trabalham profissionalmente nestas entidades, e os movimentos sociais. Ou seja, tudo o que não faz parte nem do

mercado nem do Estado em sentido estrito. Assim, voluntários, associações que atuam endogenamente ou de forma exógena, fundações privadas, institutos, movimentos sociais ou qualquer agrupamento sem personalidade jurídica, sindicatos, cooperativas, fazem parte do "terceiro setor".

Rebatemos, com a ajuda da doutrina, vários argumentos do neoliberalismo-gerencialista sobre a teoria do "terceiro setor" como prestador de serviços sociais em substituição ao Estado. Muito se trata do problema orçamentário da Administração Pública como justificativa para o repasse de atividades para o "terceiro setor". Ora, se há dinheiro para ser transferido às entidades do "terceiro setor", via parcerias, este poderia ser aplicado na prestação direta dos serviços sociais pelo Estado.

Os argumentos do gerencialismo-neoliberal apenas tentam esconder um dos principais motivos para a desresponsabilização do Estado na questão social, que é a fuga do regime jurídico administrativo, principalmente da realização de concurso público e da licitação, procedimentos tão importantes para o atendimento aos princípios da moralidade, isonomia, entre outros, mas tão criticados pelos gerencialistas que defendem os controles de resultados e não de meios, além da preponderância do princípio da eficiência.

O "terceiro setor", fundamentado no ideário gerencial-neoliberal, é um produto do descompromisso do Estado com o social, que não ajudará que se funde um novo ou um melhor Estado, que mercantiliza a sociedade civil, a despolitiza, não leva em conta que a sociedade civil é uma arena privilegiada das lutas de classes pela hegemonia, pela construção de consensos, troca o pensamento combativo e emancipatório pelo pragmatismo. Além disso, entendemos que a falência do Estado também levará à falência da sociedade civil.

As ONGs surgiram dos movimentos sociais, e tinham estratégias de enfrentamento, negação, demanda, pressão, questionamento, reivindicação, contra o ou dirigida ao Estado. Atualmente estão mais dóceis, supraclassistas, subalternizadas, domesticadas, mais "parceiras" do Estado com o objetivo de terem acesso aos fundos públicos, pautando-se mais na gestão de políticas do que de oposição política, mais gerenciais-empresariais e menos politizadas, com baixa capacidade contestatória e crítica, caso contrário não receberiam dinheiro público de governos não muito alinhados com os ideais combativos, criando um consenso aparente, e ao mesmo tempo uma apatia social. Note-se que não são todas as

pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que são chamadas de ONGs, mas apenas as mais politizadas, mais atuantes na defesa e construção de direitos, e na luta por uma melhor qualidade de vida da população.

Em países periféricos, a preocupação é que o Estado seja tão fraco e as ONGs, principalmente as transnacionais, tão fortes, que estas sejam os grupos poderosos capazes de atuarem contrariamente ao interesse público nacional, em favor de interesses particulares. Por isso a importância de se preservar a autonomia estatal.

Muito se alardeia que investindo no "terceiro setor" estar-se-á investindo no voluntariado. Esquece-se que hoje em dia propagam-se notícias de que o "terceiro setor" está sendo um grande empregador, além dos ganhos de remuneração de dirigentes de entidades como as OSCIPs, ou em muitos casos de forma indireta, em que a entidade contrata a empresa de um parente, ou mesmo desvia dinheiro mediante, por exemplo, superfaturamento em suas compras. As pessoas também se distanciam do voluntariado e se transformam em "pilantrópicas" quando instituem organizações "de fachada", e apenas perseguem vantagens e como objetivo final o lucro.

Defende-se que o "terceiro setor" é mais eficiente, mais capaz que a Administração Pública. Entretanto, colocamos em dúvida se elas são realmente exemplos de boa e moderna administração, como instrumento mais ágil de satisfação dos interesses públicos. Várias universidades federais, e a Universidade Federal do Paraná é um dos maiores exemplos, têm grande qualidade em seu ensino, pesquisa e extensão, de forma universal e gratuita. Além disso, o "terceiro setor" também é passível de atuar com ineficiência e com falta de eficácia, não estando adstrito ao regime jurídico administrativo, sendo mal controlado pelo Poder Público e pela sociedade, sujeitas, assim, aos mesmos vícios da Administração Pública. Ressaltamos ainda que o "terceiro setor" também gasta volumosa soma de dinheiro em suas atividades-meio, assim como ocorre com a Administração.

Atualmente vemos um oportunismo das entidades do "terceiro setor", quando vão atrás de dinheiro público, para fazer caixa, pagar contas, criar empregos, fazendo *lobby* junto ao Estado para obter vantagens nem sempre legítimas, o que causa uma promiscuidade entre o Estado e a sociedade civil, podendo, assim, o próprio "terceiro setor" ser uma fonte de corporativismo.

O ideário do "terceiro setor" defende a desresponsabilização do Estado e do

mercado na questão social, e celebra o indivíduo capaz de resolver seus próprios problemas, o que gera uma auto-responsabilização dos próprios cidadãos, dos próprios sujeitos portadores de necessidades, uma auto-culpa, situação em que as entidades sociais poderão, como opção e não por obrigação, atuar junto à sociedade. Assim, se um hospital público não funciona no atendimento da doença "X", repassemos dinheiro público para a associação das mães dos portadores da doença "X", que elas se responsabilizam pela prestação dos serviços necessários, na medida do possível, já que o Estado se desresponsabilizou de suas funções, desonerando também o capital.

Questionamos, ainda, se algumas entidades do "terceiro setor" são realmente não-governamentais, quando estas são financiadas pelo Estado, por meio de parcerias, uma vez que em muitos casos a decisão da Administração Pública de firmar parceria com a entidade "X" e não com a "Y" é tomada a partir de motivos de política de governo. Algumas ONGs, assim, profissionais em firmar parcerias com o Estado e afinadas com a política do governo de plantão, são constantemente selecionadas, enquanto que outras são deixadas de lado. Aquelas ONGs acabam perdendo a autonomia, deixando de ser não-governamental.

Para o ideário do "terceiro setor", a sociedade civil não deve lutar pelo poder estatal ou do mercado, pois ele seria inatingível, mas apenas o poder ao alcance do subalterno, do cidadão comum, que pode criar entidades sociais, numa atuação dócil e pacífica, deixando a uma minoria, a oligarquia, o governo do Estado.

Questionamos ainda se a "responsabilidade social" de empresas pertencentes ao mercado realmente seria uma ação do "terceiro setor", pois normalmente, de forma direta ou indireta, e às vezes até e forma acobertada, visam fins lucrativos, além de não almejarem a redução drástica da desigualdade social existente.

Sustentamos que a atuação das ONGs, utilizando suas potencialidades emancipatórias, no apoio aos grupos e movimentos sociais, têm uma possibilidade maior de interpenetração na sociedade que nem o mercado nem o Estado em sentido estrito a têm, com uma atribuição sócio-política, reivindicatória, atuando como grupos de pressão, controlando a Administração Pública, apresentando propostas, por exemplo, em conselhos gestores bipartites, influenciando de forma positiva nas políticas implementadas pelo Estado com o objetivo de melhorar nossa realidade social, sem o alívio das demandas populares para a sociedade política,

sem o intuito de acalmar os excluídos. Entendemos que é de suma importância a organização transnacional da sociedade civil organizada, das ONGs, dos movimentos sociais, para defesa dos grupos subalternizados ou marginalizados pelo capitalismo global, numa globalização contra-hegemônica, e um dos exemplos de sucesso é o Fórum Social Mundial.

Atualmente o público e o privado não têm mais as características de dualidade extremas, havendo uma integração entre eles. Principalmente com o surgimento do Estado social, elementos que antes eram privados passaram para o público, submergindo a esfera social. Salientamos apenas que esta esfera social não pode ser confundida com o chamado espaço "público não-estatal", nos termos defendidos pelos gerencialistas, como forma de privatização dos serviços sociais para as entidades sem fins lucrativos.

As pessoas jurídicas não têm fins lucrativos ou econômicos quando não distribuam entre seus membros eventuais lucros excedentes, aplicando-os apenas para o atendimento do seu objetivo constante do seu ato constitutivo.

Segundo a legislação civil brasileira as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos são as associações (união de pessoas para a realização de um objetivo comum, inclusive os sindicatos), as fundações (patrimônio afetado a um determinado fim), as organizações religiosas, os partidos políticos e as cooperativas. Os institutos e as ONGs não são tipos de pessoas jurídicas.

As entidades paraestatais estão ao lado do Estado, não compõem a Administração Pública, prestam serviços não-privativos do Estado, e são compostas pelas entidades do "terceiro setor" que atuam em prol do interesse público, como as organizações sociais, as OSCIPs, os partidos políticos, os sindicatos e os serviços sociais autônomos.

Na verdade, as organizações sociais e as OSCIPs, assim como as entidades de utilidade pública (que buscam o bem comum, desinteressadamente) e as beneficentes de assistência social (antigas entidades de fins filantrópicos), não são tipos de pessoas jurídicas, mas sim títulos jurídicos concedidos às organizações sem fins lucrativos que propiciam um regime jurídico diferenciado do regime das demais pessoas jurídicas. Ressaltamos que o registro no Conselho Nacional de Assistência Social não é um título ou qualificação.

Para o gerencialismo-neoliberal deve haver a "publicização" dos serviços não-exclusivos ou serviços sociais, como por exemplo a educação e a saúde, o que

na verdade é uma privatização em sentido amplo. Segundo seus defensores todos os serviços sociais não devem ser executados pela máquina pública, burocrática, ineficiente, mas por entidades do "terceiro setor", qualificadas como organizações sociais e OSCIPs.

No caso das organizações sociais existem inconstitucionalidades ainda mais graves do que nas OSCIPs, uma vez que a legislação daquela define que seus conselhos de administração devem ter representantes do Poder Público; que a escolha de quais entidades serão qualificadas será discricionária, sem a realização de licitação ou de qualquer outro procedimento de escolha; a possibilidade destas entidades receberem bens públicos também sem licitação; o repasse de servidores públicos para serem trabalhadores nas organizações sociais; e, por isso, o modelo, pelo menos no âmbito federal não se alastrou, o que incentivou a criação das OSCIPs.

Entretanto, entendemos que tanto as organizações sociais quanto as OSCIPs servem para que o Estado fuja de suas responsabilidades constitucionais, principalmente em áreas como educação e saúde, nas quais o "terceiro setor" é utilizado como prestador de serviços sociais, fazendo com que o Estado extinga entidades da Administração Pública (por mais que na Lei das OSCIPs esta extinção não seja explícita), "sucateie" sua burocracia, fugindo do regime jurídico administrativo, e repassando por meio de parcerias para a iniciativa privada sem fins lucrativos os serviços sociais.

As OSCIPs "minam" o discurso do incentivo às entidades do "terceiro setor" devido ao trabalho voluntário, uma vez que estas poderão até remunerar seus dirigentes conforme os "valores de mercado".

Uma das melhorias do modelo das organizações sociais para o das OSCIPs é que neste a qualificação é ato vinculado do Poder Público, para todas as entidades que atenderem determinados requisitos.

As parcerias ou privatizações em sentido lato designam todas as formas de acordo que, sem necessariamente formar uma nova pessoa jurídica, são organizados entre os setores público e privado, para consecução de fins de interesse público que a Administração Pública firma com a iniciativa privada, como por exemplo a privatização em sentido estrito, a concessão de serviços públicos, os contratos administrativos de terceirização, os convênios, os contratos de gestão e os termos de parceria, entre outros.

Os contratos administrativos podem ser firmados com as entidades do "terceiro setor", assim como com qualquer pessoa jurídica com fins lucrativos. Independentemente do contratado, a celebração deste termo exige a realização de licitação prévia, a não ser nos casos de dispensa ou inexigibilidade, quando será possível a contratação direta por meio de procedimento simplificado de escolha. Lembramos que a Lei nº 8.666/93 define alguns casos de dispensa de licitação especificamente para determinadas entidades do "terceiro setor".

Tanto no contrato administrativo como no convênio há acordo de vontades, mas, enquanto que naquele existem duas partes com interesses diversos e opostos, com uma pretendendo a satisfação do objeto do ajuste e a outra a contraprestação correspondente; no convênio não há vínculo contratual, pois não há partes, mas partícipes com os mesmos interesses comuns e coincidentes, os quais podem denunciar o convênio a qualquer momento, sem a existência de cláusula de permanência obrigatória, não havendo preço ou remuneração, mas apenas mútua cooperação. Ou seja, os contratos e convênios têm naturezas jurídicas distintas.

Por entendermos que realmente convênio e contrato são institutos diversos, também nos posicionamos no sentido que para se firmar convênios não é obrigatória a realização de licitação prévia. Entretanto, apenas os acordos que realmente são convênios podem ser celebrados sem licitação. De qualquer forma, existindo mais de um interessado em firmar convênio com a Administração Pública, em situação de igualdade, para o melhor atendimento do interesse público e princípios como o da moralidade, isonomia, publicidade, a Administração deverá realizar um processo de escolha, com divulgação da intenção de firmar o convênio, e seleção por meio de critérios pré-definidos.

Os contratos de gestão firmados entre o Estado e as entidades qualificadas como organizações sociais, que são diferentes dos celebrados entre órgãos ou entre órgãos e entidades da Administração Pública, têm a mesma natureza jurídica dos contratos administrativos, com algumas peculiaridades, e não dos convênios. Adotamos a mesma posição para os termos de parceria firmados pelas OSCIPs.

A Administração Pública é obrigada a realizar licitação previamente à celebração dos contratos de gestão com as organizações sociais e dos termos de parceria com as OSCIPs, nos termos constitucionais, a não ser nos casos de dispensa ou inexigibilidade. Não descartamos, todavia, a alteração da legislação licitatória para que sejam criadas modalidades de licitação mais compatíveis para a

celebração de acordos com as entidades do "terceiro setor". Enquanto a legislação não é alterada, para a celebração de termos de parceria com as OSCIPs a Administração Pública deverá realizar licitação que poderá ser baseada no concurso de projetos previsto no decreto regulamentador da Lei das OSCIPs.

As organizações sociais e as OSCIPs, para realizarem suas contratações com o dinheiro recebido do Estado, deverão realizar procedimento licitatório prévio, nos termos dos seus regulamentos, os quais atenderão as normas gerais e demais princípios da legislação nacional de licitações (inclusive a relativa ao pregão). Assim, por mais que sejam entidades privadas, quando forem gastar dinheiro público, estarão submetidas pelo menos parcialmente às regras de direito público.

Concluimos com mensagens de Chico Buarque do álbum "Os Saltimbancos",⁷⁵¹ o qual mesmo sendo uma obra infantil tem muito a nos ensinar, e de Agostinho Neto.⁷⁵²

"Todos juntos somos fortes
Somos flecha e somos arco
Todos nós no mesmo barco
Não há nada pra temer
Ao meu lado há um amigo
Que é preciso proteger
Todos juntos somos fortes
Não há nada pra temer"
Chico Buarque

"Não basta que seja pura e
justa a nossa causa.
É necessário que a pureza e
a justiça existam dentro de
nós."
Agostinho Neto

⁷⁵¹ BUARQUE, Chico. *Todos Juntos*. In: "Os Saltimbancos", 1977. Musical infantil que o autor traduziu e adaptou, e que foi escrito pelos italianos Luiz Enriquez (música) e Sérgio Bardotti (texto), com base no conto dos Irmãos Grimm: "Os Músicos de Bremen".

⁷⁵² NETO, Agostinho. *Poemas de Angola*, apud MORAIS, Fernando. *A ilha*, 30ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 07.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Ubiratan et al. *Convênios e tomadas de contas especiais*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de Estado: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

ALVES, Francisco de Assis. *Associações, Sociedades e Fundações no novo Código Civil de 2002: perfil e adaptações*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

_____. *Fundações, organizações sociais, agências executivas, organizações da sociedade civil de interesse público e demais modalidades de prestação de serviços públicos*. São Paulo: LTr, 2000.

AMORIN, Aluizio Batista de. *Elementos de sociologia do direito em Max Weber*. Florianópolis: Insular, 2001.

ANDERSON, Perry. *Balanço do Neoliberalismo*. In: _____ (Org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático*. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*, 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

ARGÜELO, Katie Silene Cáceres. *As aporias da democracia: uma (re)leitura possível a partir de Max Weber e Jürgen Habermas*, In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). *Repensando a teoria do estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. *O Ícaro da modernidade: direito e política em Max Weber*. São Paulo: Acadêmica, 1997.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Contrato administrativo*. In: _____ (Coord. Geral). *Direito administrativo contemporâneo: estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Licitações e contratos administrativos - considerações críticas*. In: Revista Zênite, Informativo de Licitações e Contratos nº 100, junho/2002.

_____. *O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos*

fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. In: Revista de Direito Administrativo nº 230. Rio de Janeiro: Renovar, out/dez. 2002.

_____. *Processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. *Profissionalização da função pública: a experiência brasileira*. In: Revista de Direito Administrativo nº 232. Rio de Janeiro: Renovar, abr/jun. 2003.

_____. *Terceiro Setor, Administração Pública e os Direitos do Cidadão*. Palestra proferida em 27 de agosto de 2005, no 1º Encontro Paranaense do 3º Setor, em Curitiba/PR.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *A democracia e suas dificuldades contemporâneas*. In: Revista de Direito Administrativo nº 212. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 1998.

_____. *Curso de Direito Administrativo*, 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: RT, p. 351-356.

_____. *Prefácio* da obra de ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Privatização e serviços públicos*. In: Revista Trimestral de Direito Público nº 22. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 172-180.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade – conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARBOSA, Bia. *Lei aprovada no Zimbábue agride autonomia de ONGs*. Sítio Carta Maior. <http://cartamaior.uol.com.br>. Acesso em 10 de janeiro de 2005.

BARBOSA, Maria Nazaré Lins. *A experiência dos termos de parceria entre o Poder Público e as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs)*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Os termos de parceria como alternativa aos convênios - aspectos jurídicos*. In: SZAZI, Eduardo. *Terceiro setor: temas polêmicos 1*. São Paulo: Peirópolis, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

BECHO, Renato Lopes. *Elementos de direitos cooperativo*. São Paulo: Dialética, 2002.

BENTO, Leonardo Valles. *Governança e governabilidade na reforma do Estado: entre a eficiência e a democratização*. Barueri/SP: Manole, 2003.

BEUX, Carla. *As formas de compatibilização da atuação do Estado no domínio econômico, o terceiro setor e o desenvolvimento social, sustentável*. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Paraná. 2003.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Manual de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso de Direito Administrativo*, 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2004.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*, 12ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Ensaio sobre Gramsci e o conceito de sociedade civil*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*, 10ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BRANDÃO JR, Nathaniel M. *Manual Prático Administrativo de A a Z: como iniciar e manter legalmente uma entidade social*, 4ª ed. Curitiba: CMAS, 2003.

BRAZ, Petrônio. *Manual de direito administrativo*. Leme: Editora de Direito, 1999.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Da administração pública burocrática à gerencial*. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos e SPINK, Peter Kevin (Orgs.). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*, 3ª edição. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

_____. *Exposição no Senado sobre a Reforma da Administração Pública*. In: Caderno do MARE nº 03. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1998.

_____. *Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo estado*. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos e SPINK, Peter Kevin (Orgs.). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*, 3ª edição. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

_____. *Reforma Social-Democrata*. In: Folha de S. Paulo de 17.10.97.

_____. *Relendo Raízes do Brasil*. São Paulo, 2002. In: www.bresserpereira.org.br. Acesso em 17.08.2005.

BRITTO, Carlos Ayres. *O perfil constitucional da licitação*. Curitiba: ZNT, 1997.

BUARQUE, Chico. *Todos Juntos*. In: “Os Saltimbancos”, 1977.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUCCI-GLUCKSMANN, Christinne. *Gramsci e o Estado*, 2ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1980.

CAETANO Marcello. *Manual de Direito Administrativo*, 10ª edição. Coimbra: Almedina, 1991.

CARDOSO, Ruth. *Apresentação da obra FERRAREZI, Elisabete e REZENDE, Valéria. OSCIP – Organização da sociedade civil de interesse público: a lei 9.979/99 como alternativa para o terceiro setor*, 2ª edição. Brasília: Comunidade Solidária, 2002.

CARDOSO, Fernando Henrique. *Reforma do Estado*. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos e SPINK, Peter Kevin (Orgs.). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*, 3ª edição. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*, 4ª ed. Vol. I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. *O Brasil não é para amadores: Estado, Governo e Burocracia na terra do jeitinho*, 2ª ed. Curitiba: Travessa dos Editores, 2004.

CHAUÍ, Marilena. *Fantasia da Terceira Via*. In: Jornal Folha de S. Paulo, caderno “Mais”, de 19.12.99,

CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à teoria geral da administração*, 3ª edição. São Paulo: McGraw-Hill, 1983.

CICONELLO, Alexandre. *O conceito legal de público no terceiro setor*. In: SZAZI, Eduardo. *Terceiro setor: temas polêmicos 1*. São Paulo: Peirópolis, 2004.

CITADINI, Antonio Roque. *Comentários e jurisprudência sobre a lei de licitações públicas*, 2ª edição. São Paulo: Max Limonad, 1997.

COELHO, Simone de Castro Tavares. *A legislação brasileira sobre organizações do terceiro setor*. In: MEREGE, Luiz Carlos. *Terceiro setor: reflexões sobre o marco legal*. Rio de Janeiro: FGV, 2001.

_____. *Terceiro setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos*, 2ª ed. São Paulo: SENAC, 2002.

COHN, Gabriel. *Introdução da obra WEBER, Max. Parlamento e governo na Alemanha reordenada: Crítica política da burocracia e da natureza dos partidos*. Petrópolis: Vozes, 1993.

COLLIOT-THÉLÈNE, Catherine. *Max Weber e a história*. São Paulo: Brasiliense, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. *Prefácio da obra MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo? A questão fundamental da democracia* (tradução de Peter Naumann). São Paulo: Max Limonad, 1998.

CORREAS, Óscar. El neoliberalismo em el imaginario jurídico. In: MARQUES FILHO, Agostinho Ramalho et al. *Direito e neoliberalismo. Elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: Edibej, 1996.

COSTA, Raymundo. SALOMON, Marta. *Governo banca ONGs, mas não fiscaliza os seus gastos*. Folha de S. Paulo de 20 de outubro de 2003.

COSTALDELLO, Angela Cassia. *Entidades privadas que recebem recursos públicos: necessidade de licitar*. In: Revista Zênite Informativo de Licitações e Contratos Administrativos nº 82, dez/2000.

_____. *O regime jurídico dos agentes públicos e a Emenda Constitucional nº 19/98*. In: Interesse Público nº 03, 1999.

COUTINHO, Carlos Nelson. Apresentação na capa da obra MONTAÑO, Carlos. *Terceiro setor e questão social*. São Paulo: Cortez, 2002.

_____. *Gramsci: um estudo sobre o seu pensamento político*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

_____. *Marxismo e Política: a dualidade de poderes e outros ensaios*, 2ª ed. São Paulo: Cortez, 1996.

_____. *Entrevista*. Por Emiliano José e José Corrêa Leite. In: Revista Teoria e Debate nº 51, jun/jul/ago 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal*. In: MARQUES FILHO, Agostinho Ramalho et al. *Direito e neoliberalismo. Elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: Edibej, 1996.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *O futuro do Estado*. São Paulo: Moderna, 1980.

_____. *O renascer do direito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

DEMO, Pedro. *Pobreza política*, 6ª ed. Campinas: Autores Associados, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Parcerias na Administração Pública*, 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2002.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Crime e Castigo*. São Paulo: 34, 2001.

DUPAS, Gilberto. *Tensões contemporâneas entre o público e o privado*. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

DURÃO, Pedro. *Convênios & consórcios administrativos*. Curitiba: Juruá, 2004.

FALCÃO, Joaquim. *Democracia, direito e terceiro setor*. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*, v. 1, 10ª ed. São Paulo: Globo, 2000.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Convênios administrativos*. In: Revista Zênite Informativo de Licitações e Contratos Administrativos - ILC nº 99, maio/2002.

FERNANDES, Rubem César. *Privado porém público: o terceiro setor na América Latina*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

_____. *As organizações não governamentais diante do Estado*. In: GONÇALVES, Hebe Signorini (Org.). *Organizações não governamentais: solução ou problema*. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.

FERRAREZI, Elisabete e REZENDE, Valéria. *OSCIP – Organização da sociedade civil de interesse público: a lei 9.979/99 como alternativa para o terceiro setor*, 2ª edição. Brasília: Comunidade Solidária, 2002.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. *As organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público: considerações sobre seu regime jurídico*. In: Revista de Direito Administrativo nº 217. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FINGER, Ana Cláudia. *O público e o privado na Administração Pública*. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FIORI, José Luís. *60 lições dos 90: uma década de neoliberalismo*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

FOLHA DE S. PAULO. *Putin contra as ONGs*, de 29 de dezembro de 2005.

_____. *Senado aprova restrições a ONGs*, de 28 de dezembro de 2005.

FRANCO, Augusto de. *Prefácio à primeira e à segunda edição da obra “OSCIP –*

Organização da sociedade civil de interesse público: a lei 9.979/99 como alternativa para o terceiro setor”, 2ª edição. Brasília: Comunidade Solidária, 2002.

FREIRE, André Luiz. *As organizações sociais: dever de licitar e norma gerais*. In: Revista Zênite Informativo de Licitações e Contratos - ILC nº 126, ago/2004, p. 701.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Regime peculiar das organizações sociais e o indispensável aperfeiçoamento do modelo federal*. In: Revista de Direito Administrativo nº 214, out./dez. 1998, p. 99-106.

FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do estado*. Barueri/SP: Manole, 2003.

_____. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: RT, 1990.

GARCIA, Maria. *Prefácio de BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOHN, Maria da Glória. *Educação não-formal e cultura política: impactos sobre o associativismo do terceiro setor*, 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2001.

_____. *Os sem-terra, ongs e cidadania*, 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2000.

GÓMEZ, Manuel Herrera. *El tercer sector em los sistemas de bienestar*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

_____. *La especificidad organizativa del tercer sector: tipos y dinámicas*. In: www.bib.uab.es. Acesso em 28/01/06.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de direito societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

GONÇALVES, Hebe Signorini. *O Estado diante das organizações não governamentais*. In: _____ (Org.). *Organizações não governamentais: solução ou problema*. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.

GONÇALVES, Vania Mara Nascimento. *Estado, sociedade civil e princípio da subsidiariedade na era da globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GORDILLO, Augustín. *Tratado de derecho administrativo*, 7ª ed. Tomo 1. Belo

Horizonte: Del Rey, 2003.

GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*, vol. 3. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

_____. *Maquiavel, a Política e o Estado Moderno*, 6ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1988.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GUIMARÃES, Edgar. *Controle das licitações públicas*. São Paulo: Dialética, 2002.

HARDT, Michael e NEGRI, Antonio. *Império*, 6ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *As fundações privadas e associações sem fins lucrativos no Brasil*. Estudos e pesquisas Informação Econômica nº 4. Rio de Janeiro, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 9ª edição. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

KOLOGY, Helena. *Dom*. In: _____. *Poemas selecionados Helena Kolody*. Curitiba: Positivo, 2005.

_____. *Teoria pura do direito*, 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. *A participação popular e o processo orçamentário*. Leme/SP: De Direito, 2000.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*, 5ª ed. São Paulo: RT, 2001.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização econômica política e direito: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LIMA, Helder Gonçalves. *Atos cooperativos e sua tributação pelo ISS à luz da Teoria Geral do Direito*. In: BECHO, Renato Lopes (Coordenador). *Problemas atuais do direito cooperativo*. São Paulo: Dialética, 2002.

LOBATO, Elvira. *ONGs são suspeitas de desviar verba de saúde*. Folha de S. Paulo de 28 de novembro de 2004.

LUXEMBURGO, Rosa. *Reforma social ou revolução?*, 2ª ed. São Paulo: Global,

1990.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração Pública centralizada e descentralizada*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000.

MAIA, Alexandre da. *A dicotomia público x privado com o advento do Estado Social: uma análise crítica à obra de Hannah Arendt*. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, nº 46, out/2000. Disponível em: <www.jus.com.br>. Acesso em: 06.08.2004.

MÂNICA, Fernando Borges. *Terceiro Setor e Imunidade Tributária*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 9ª ed. São Paulo: RT, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Direito Administrativo Brasileiro*, 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Renato. *Lei de licitações e contratos anotada*, 2ª ed. Curitiba, ZNT, 1997.

MENESCAL, Andréa Koury. *História e gênese das organizações não governamentais*. In: GONÇALVES, Hebe Signorini (Org.). *Organizações não governamentais: solução ou problema*. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.

MEZZAROBBA, Orides. *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. *Orientações e providências preliminares para fundações e entidades do terceiro setor*. Curitiba: Fundação Ecumênica de Proteção ao Excepcional, 2005.

MODESTO, Paulo. *Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil – as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais*. In: Revista Diálogo Jurídico, Salvador, Centro de Atualização Jurídica, V. I, nº 9, dezembro, 2001. Disponível em <www.direitopublico.com.br>. Acesso em 20 de dezembro de 2005.

_____. *Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil*. In: Revista Diálogo Jurídico, Salvador, Centro de Atualização Jurídica, V. I, nº 5, agosto, 2001. Disponível em <www.direitopublico.com.br>. Acesso em 20 de dezembro de 2005.

MONTAÑO, Carlos. *Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. São Paulo: Cortez, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAIS, Dalton Santos. *Temas de licitações e contratos administrativos*. São

Paulo: NDJ, 2005.

MORAIS, Fernando. *A ilha*, 30ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público e seus “vínculos contratuais” com o Estado*. In: CUÉLLAR, Leila e MOREIRA, Egon Bockmann. *Estudos de Direito Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

MOROLLI, Fabio Giusto. *A evolução do direito público e a parceria com a iniciativa privada – transferência de serviços públicos de natureza social*. In: Revista Zênite Informativo de Licitações e Contratos - ILC nº 50, abr./98, p. 322.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*, 8ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. *Novas práticas sobre pregão eletrônico: Decretos nº 5.450/05 e 5.504/05*. In: Boletim de Licitações e Contratos nº 12. São Paulo: NDJ, dezembro/2005.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras*. Barueri/SP: Manole, 2003.

MUKAI, Toshio. *Direito administrativo sistematizado*, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MUÑOZ, Jaime Rodriguez-Arana. *Las nuevas fronteras de la descentralización*. In: www.clad.org.ve/congreso/rodriara.html. Acesso em 25 de dezembro de 2005.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. *Um Estado para a sociedade civil: temas éticos e políticos da gestão democrática*, 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2005.

OLIVEIRA, Francisco. *Os direitos do antivalor*. Vozes, 1998.

_____. *ONGs auxiliam neopopulismo, diz sociólogo*. In: Folha de S. Paulo de 07 de dezembro de 2003.

_____. *País terceirizou flagelo social, diz filósofo*. In: Folha de S. Paulo de 18 de julho de 2004.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de, MÂNICA, Fernando Borges. *Organizações da sociedade civil de interesse público: termo de parceria e licitação*. In: Fórum administrativo – Direito Público, ano 5, nº 49. Belo Horizonte: Fórum, mar/2005, p. 5209-5351.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *O contrato de gestão na Administração Pública brasileira*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. 2005.

OLIVEIRA, Luciana Vargas Netto. *Os diferentes significados histórico políticos das concepções de "economia social" e "economia solidária"*. In: GEDIEL, José Antônio Peres (Org.). *Estudos de Direito Cooperativo e Cidadania*. Curitiba: UFPR, 2005.

PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*, 5ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). *O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PLANO DIRETOR DA REFORMA DO APARELHO DO ESTADO. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.

PLEBE RUDE. *Até quando esperar*. In: "O concreto já rachou", 1986.

PONTES FILHO, Valmir. *O Estado brasileiro, sua atuação e seu dever constitucional*. In: Revista Trimestral de Direito Público nº 31. São Paulo: Malheiros, 2002.

PRESSBURGER, Thomas Miguel. *ONGs e cidadania*. In: GONÇALVES. Hebe Signorini (Org.). *Organizações não governamentais: solução ou problema*. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.

QUANTO VALE OU É POR QUILO?. Direção e Roteiro de Sérgio Bianchi. Brasil. Europa Filmes, 2005.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na Administração Pública*. São Paulo: LTr, 2001.

REDE NACIONAL DE ADVOGADOS POPULARES. *Advocacia Popular*. Cadernos RENAP nº 06, Caderno Especial, março/2005.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SÁ, Domingos Bernardo. *Conceitos e reflexões jurídicas*. In: GONÇALVES. Hebe Signorini (Org.). *Organizações não governamentais: solução ou problema*. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.

SADER, Emir. *Corrupção não-governamental*. In: Sítio Carta Maior. <http://agenciaportal.uol.com.br>. Acesso em 02 de julho de 2005.

SAINT-PIERRE, Héctor L. *Max Weber: entre a paixão e a razão*. Campinas: Unicamp, 1999.

SALOMON, Lester M. *A falsa dicotomia entre Estado e terceiro setor*. Folha de S. Paulo de 01 de abril de 2001.

SANTO, Ataliba Pinheiro Espírito. *As organizações sociais e a reforma administrativa*. In: Revista de Direito Administrativo nº 230, Out./Dez. 2000, p. 75-100.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. *A reinvenção solidária e participativa do Estado*. In: Seminário Internacional Sociedade e a Reforma do Estado, www.planejamento.gov.br, acesso em 01/12/2005, São Paulo: MARE, 1998.

_____. *A sociedade é socialmente fascista*. Entrevista à Daniel Merli. Jornal Brasil de Fato de 09 a 15 de outubro de 2003.

SANTOS, Jair Lima. *Tribunal de Contas da União & Controles Estatal e Social da Administração Pública*. Curitiba: Juruá, 2003.

SANTOS, Laymert Garcia dos, e OLIVEIRA, Francisco de. *Tem limite?*. In: Folha de S. Paulo de 18 de setembro de 2005.

SCAFF, Fernando Facury. *Contrato de gestão, serviços sociais autônomos e intervenção do Estado*. In: Revista de Direito Administrativo nº 225. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 2001.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Administração Pública: apontamentos sobre os modelo de gestão e tendências atuais*. In: In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. *A participação popular na Administração Pública: o direito de reclamação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOARES, Laura Tavares. *Prefácio da obra MONTAÑO, Carlos. Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. São Paulo: Cortez, 2002.

SÓFOCLES. *Antígona*. Porto Alegre: L&PM, 1999.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização - privatização, concessões e terceirizações*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. *Gestão alternativa de serviços públicos*. In: Revista de Direito Administrativo nº 219. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 2000.

_____. *Licitações & contratos administrativos*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 1998.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *A universalidade parcial dos direitos humanos*. In: Seminário organizado pelo Instituto Latino-americano de Serviços Legais Alternativos. Quito, Equador, 1994.

_____. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 1998.

SOUZA, Jessé. *A modernização seletiva: uma interpretação do dilema brasileiro*. Brasília: UNB, 2000.

SOUZA, Josias de. *Fraude filantrópica custa R\$ 246,9 mi ao erário*. Folha de S. Paulo de 28 de dezembro de 2003.

SOUZA, Leandro Marins de. *Tributação do Terceiro Setor no Brasil*. São Paulo: Dialética, 2004.

SOUZA, Luiz Francisco F. de. *Socialismo: uma utopia cristã*. São Paulo: Casa Amarela, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. *A Administração Pública na era do Direito Global*. In: SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (coord.) *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

_____. *Fundamentos de direito público*, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SZAZI, Eduardo. *Terceiro Setor: regulação no Brasil*, 2ª ed. São Paulo: Peirópolis, 2001.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Convênios, consórcios administrativos, ajustes e outros instrumentos congêneres*. In: Jus Navigandi nº 20, out./1997. www.jus.com.br. Acesso em 18/01/2006.

TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. *Normas para apresentação de documentos científicos*. Vol. 2, 6, 7, 8. Curitiba: UFPR, 2000, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. *Análise crítica da globalização neoliberal e seu impacto no mundo do trabalho à luz da interpretação dos conceitos de fetichização e racionalização nas obras de Karl Marx e Max Weber*. Tese de Doutorado. UFPR. 2004.

_____. *Cooperativismo*. Curitiba: Juruá, 2002.

VILLAS BÔAS NETO, Antonio, STEFANI, Monalisa, PEZZI JR, Sady. *Gestão de*

marketing para organizações do terceiro setor. Londrina: Midiograf, 2003.

VIOLIN, Tarso Cabral. *A ALCA, as compras governamentais e a defesa do interesse público nacional*. In: Informativo de Licitações e Contratos - ILC nº 116. Curitiba: Zênite, outubro/2003.

_____. *A importância das licitações na Administração Pública*. Jornal Sobra Pinto nº 02, jun-jul/1999, do Centro Acadêmico Sobra Pinto.

_____. *A terceirização ou concessão de serviços públicos sociais - a privatização de creches municipais*. In: Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal - IDAF nº 13. Curitiba: Zênite, agosto/2002.

_____. *As agências reguladoras no direito brasileiro: aspectos gerais, suas licitações e respectivas contratações, e o regime jurídico dos servidores*. Monografia de especialização em Direito Administrativo. IBEJ, 2001.

_____. *O "terceiro setor" e a prestação de serviços públicos sociais*. In: COSTALDELLO, Angela Cassia (Coord.). Serviço Público. Curitiba, Juruá, 2005, p. 235-248.

_____. *Peculiaridades dos Convênios Administrativos Firmados com as Entidades do Terceiro Setor*. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Prof. Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

VIOLIN Tarso Cabral e TABORDA, Mônica Oldani. *As prerrogativas da administração nos contratos administrativos - as chamadas cláusulas exorbitantes*. In: Revista Zênite - Informativo de Licitações e Contratos Administrativos - ILC nº 105, nov./2002.

WEBER, Max. *A política como vocação*. In: *Ciência e política, duas vocações*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

_____. *Conferência sobre socialismo* In: FRIEDMAN, Luis Carlos (org.) Socialismo - Émilie Durkheim, Max Weber. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993, p. 85-128.

_____. *Economia e sociedade*, 4ª ed. Brasília: UnB, 2000.

_____. *Parlamento e governo na alemanha reordenada: Crítica política da burocracia e da natureza dos partidos*. Petrópolis: Vozes, 1993.

ZUGNO, Renato. *Espaços públicos compartilhados entre a Administração Pública e a sociedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.